

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPIRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

ANDRESSA OLIVEIRA CUPERTINO DE CASTRO

**AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS ENVOLVENDO A FAZENDA
PÚBLICA:
POSSIBILIDADES, FUNDAMENTOS E LIMITES**

**VITÓRIA
2018**

ANDRESSA OLIVEIRA CUPERTINO DE CASTRO

**AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS ENVOLVENDO A FAZENDA
PÚBLICA:
POSSIBILIDADES, FUNDAMENTOS E LIMITES**

Dissertação apresentada no
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal do
Espírito Santo, como requisito para
obtenção do título de Mestre em
Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Penedo
Madureira

**VITÓRIA
2018**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Sônia Regina Costa – CRB-6 ES-000315/O

C355a Castro, Andressa Oliveira Cupertino de, 1980-
Autocomposição em processos envolvendo a Fazenda
Pública : possibilidades, fundamentos e limites / Andressa
Oliveira Cupertino de Castro. – 2018.
112 f.

Orientador: Cláudio Penedo Madureira.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil - Procuradoria Geral da Fazenda Pública. 2. Acesso
à justiça. 3. Administração pública. 4. Conciliação (Processo
civil). 5. Autocomposição. I. Madureira, Cláudio Penedo, 1973-.
II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340



ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO MESTRADO DA ALUNA ANDRESSA OLIVEIRA CUPERTINO DE CASTRO

Às 9 horas e 30 minutos do dia 24 do mês de maio do ano de 2018, na Sala 103 ED V CCJE, campus de Goiabeiras, em Vitória (ES), reuniu-se a Banca Examinadora composta pelos professores Dr. Cláudio Penedo Madureira (Professor orientador), Dr. Manoel Alves Rabelo (PPGDIR/UFES) e Dr^a. Trícia Navarro Xavier Cabral (UFES– Membro externo) para a sessão pública de Defesa de Dissertação da mestranda **ANDRESSA OLIVEIRA CUPERTINO DE CASTRO**, com o tema: "AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA: POSSIBILIDADES, FUNDAMENTOS E LIMITES". Presentes os membros da banca e a examinanda, o presidente deu início a sessão, passando a palavra a aluna; após exposição de 30 minutos por parte da examinanda, os membros da banca formularam as suas arguições, as quais foram respondidas pelo aluno; em seguida, o presidente da sessão solicitou que os presentes deixassem a sala para que a banca pudesse deliberar; ao final das deliberações, o presidente da sessão convocou a mestranda e os interessados para ingressarem na sala; com a palavra, o presidente da banca leu a decisão da banca que resultou a:



APROVAÇÃO COM DISTINÇÃO da examinanda, pois a banca julgou que a dissertação constitui excepcional contribuição à ciência processual e seu texto está pronto para publicação, embora careça de algumas correções de natureza formal; por fim, o presidente da sessão alertou que a aprovada somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

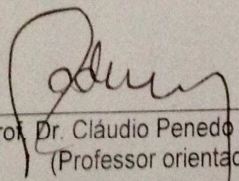


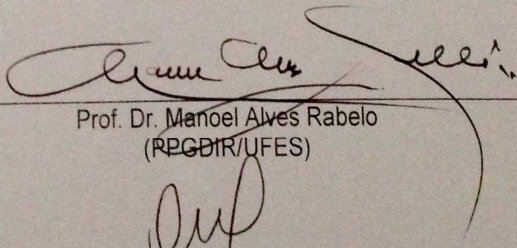
APROVAÇÃO da examinanda; por fim, o presidente da sessão alertou que a aprovada somente terá direito ao título de Mestre após entrega da versão final de sua dissertação, em papel e meio digital, a Secretaria do Programa e da homologação do resultado da defesa pelo Colegiado Acadêmico do PPGDIR/UFES.

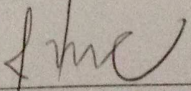


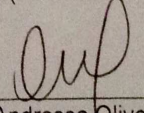
REPROVAÇÃO da examinanda; por fim, o presidente da sessão alertou que a aluna deverá verificar no Regimento do PPGDIR/UFES quais os efeitos desta decisão, devendo eventuais requerimentos serem dirigidos por escrito à coordenação do PPGDIR/UFES.

Nada mais havendo, foi encerrada a sessão da qual se lavra a presente ata, que vai assinada pelos membros da banca examinadora e pela mestranda.


Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira
(Professor orientador)


Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
(PPGDIR/UFES)


Prof. Dr. Trícia Navarro Xavier Cabral
(UFES – Membro externo)


Mestranda Andressa Oliveira Cupertino De
Castro

A Arthur Ferrari, filho amado, para
estímulo.

A minha mãe Norma e minha avó
Elisa, pelo exemplo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me amparado durante toda a jornada acadêmica, por ter aberto meus caminhos, por me fortalecer e por ter me feito companhia nas horas de escrita e solidão.

Para a elaboração deste trabalho, contei com o auxílio de muitas pessoas, razão pela qual registro os meus sinceros agradecimentos pela contribuição de cada uma delas, sobretudo: à minha família, pelo suporte, pela presença e pela paciência, em especial o meu filho Arthur, companheiro de todos os minutos, que entendeu como um adulto, apesar da tenra idade, as ausências maternas em razão dos estudos; ao Professor Doutor, meu Orientador, Cláudio Penedo Madureira, pelo exemplo de dedicação à ciência do Direito, pelos ensinamentos, pelo exercício de humildade e pela grande contribuição ao meu trabalho; aos funcionários e à Coordenação do curso de pós-graduação em Direito da UFES, em nome da Professora Doutora Adriana Pereira Campos, pelo tratamento sempre cordial e prestativo a mim dispensado; aos colegas de mestrado que tanto me engrandeceram com discussões acadêmicas memoráveis e pelo exemplo de solidariedade; ao Procurador-Chefe da Fazenda Nacional no ES, Dr. Renato Mendes Souza Santos e ao Procurador-Chefe Substituto da Fazenda Nacional no ES, Dr. José Francisco Saraiva Gomes, pelo amparo profissional e pelo apoio nesta caminhada acadêmica a que me propus. Sem a contribuição de todas essas pessoas, este trabalho não seria possível.

RESUMO

O trabalho adota como problema de pesquisa a constatação do assoberbamento enfrentado pelo Poder Judiciário em razão do estímulo à litigiosidade para resolução dos conflitos verificados em nossa sociedade. Milhões de ações são ajuizadas anualmente, muitas das quais não precisariam ser submetidas à decisão impositiva de um magistrado, caso as partes adotassem uma postura ativa e estivessem dispostas ao diálogo. O número crescente de ajuizamento de ações dificulta, ao Poder Judiciário, o provimento de uma decisão justa, tempestiva e satisfativa, eis que se constata, atualmente, uma taxa de congestionamento de 73% para o encerramento dos litígios por esta via. O Poder Público, por representar os interesses da coletividade e por ter como dever a tutela dos direitos e garantias previstos na Carta Magna de 1988, configura-se como um dos maiores litigantes do país, tanto no polo ativo quanto no polo passivo dos conflitos, contribuindo para o excesso de litigiosidade. Baseado nessas constatações, o trabalho adota como premissa teórica o fato de o Código de Processo Civil ter feito uma opção pela resolução consensual de conflitos, em seu art. 3º, §3º, estendendo tal ideia para o Poder Público (art. 3º, §2º e art. 174). Com este dever de estímulo à adoção das soluções consensuais, inclusive para a Administração, passou-se a desenvolver no estudo o meio pelo qual tal política poderia ser implantada, com ênfase à realização da autocomposição por meio da celebração de acordos, defendendo-se tal possibilidade. Para tanto descreve-se os fundamentos legais, as justificativas teóricas e os limites a serem respeitados para a autocomposição pela Fazenda Pública. Conclui-se então pela possibilidade da celebração de acordos pelo Poder Público como forma de conter a litigiosidade, bem como forma de atender os princípios da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, desde que observados os limites determinados pelo ordenamento jurídico. A adoção da autocomposição pela Administração também possibilita a concessão de uma tutela adequada, efetiva e justa ao conflito, contribuindo para a redução da litigiosidade e para que seja atendido o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Palavras-chave: Soluções consensuais. Administração Pública. Autocomposição. Acesso à justiça. Litigiosidade. Fazenda Pública. Conciliação.

ABSTRACT

The work adopts as a research problem the verification of the slowness faced by the Judiciary because of the stimulus to the litigation to solve the conflicts verified in our society. Millions of lawsuits are filed annually, many of which would not need to be submitted to a judge's decision if the parties took an active role and were willing to engage in dialogue. The increasing number of lawsuits makes it difficult for the Judiciary to provide a fair and satisfactory decision, since a congestion rate of 73% is currently observed for the end of a lawsuit. The Administration, once it represents the interests of the community and has the duty to protect the rights and guarantees set forth in the Constitution of 1988, is one of the largest litigants in the country, both in the active and in the passive poles of litigation, contributing to the excess of litigiousness. Based on these findings, the paper adopts as a theoretical premise the fact that the Code of Civil Procedure has made an option for the consensual resolution of conflicts, in its art. 3, paragraph 3, extending this idea to the Administration (article 3, paragraph 2 and article 174). With this duty to stimulate the adoption of consensual solutions, especially for the Administration, the study began to develop the means by such a policy could be implemented, with emphasis on the realization of self-composition through agreements, defending such possibility. For this purpose, the legal grounds, the theoretical justifications and the limits to be respected for the self-composition by the Administration are described. The conclusion the study came up with was that the agreements by the Government can be considered as a way to contain litigiousness, based on the obedience duty of principles like legality, supremacy and the unavailability of the public interest, and since are observed the limits defined by the legal system. The adoption of consensual solutions by the Administration also makes it possible to grant adequate, effective and fair endings to the conflict, contributing to the reduction of litigation and increasing the right to access justice by the citizens (article 5, XXXV of the Federal Constitution).

Keywords: Consensual solutions. Public Administration. Autocomposition. Access to justice. Contention of litigation. Conciliation. Alternatives dispute resolutions.

LISTA DE SIGLAS/ABREVIATURAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AGU	Advocacia-Geral da União
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CF/88	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
EC	Emenda Constitucional
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
RPV	Requisição de Pequeno Valor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	12
2.1 O PROBLEMA DO ASSOBERBAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO	12
2.2 PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA APRESENTADA: A AUTOCOMPOSIÇÃO E SEUS REFLEXOS NA CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE	18
3 TRIBUNAL MULTIPORTAS	26
3.1 O SURGIMENTO DA IDEIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO: CONCEITO E EXTENSÃO DO INSTITUTO	27
3.2 A ASSIMILAÇÃO DO <i>MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM</i> NO DIREITO BRASILEIRO	30
3.2.1 A Resolução nº 125/2010 do CNJ	34
3.2.2 O Código de Processo Civil de 2015	38
3.2.3. Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015)	45
3.3 O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS.....	47
4 A AUTOCOMPOSIÇÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA	52
4.1 CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E SUA REPRESENTAÇÃO PELA ADVOCACIA PÚBLICA.....	56

4.2 POSSIBILIDADE E IMPERIOSIDADE DE QUE SE ESTABELEÇA A AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA	61
4.3 MODALIDADES DE AUTOCOMPOSIÇÃO APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA: COMPOSIÇÃO DO LITÍGIO E TRANSAÇÃO.....	67
4.4 DOS MÉTODOS PARA A OBTENÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO.....	74
5 FUNDAMENTOS E LIMITES À AUTOCOMPOSIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA	85
5.1 FUNDAMENTOS.....	85
5.1.1 Da Legalidade	85
5.1.2 Interesse Público.....	87
5.1.3 Dever de Cooperação.....	89
5.2 LIMITES	91
5.2.1 Autorização legal x Autonomia da vontade	92
5.2.2 Formalização	95
5.2.3 Precedentes.....	96
5.2.4 Confidencialidade	98
5.2.5 Particularidades de Execução.....	101
6 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	107

1. INTRODUÇÃO

O CPC/15 (art. 3º, §3º) faz, claramente, uma opção pela resolução consensual dos litígios, quando estabelece que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público”, dentro e fora do processo judicial. Tal preceito foi, inclusive, estendido ao Poder Público, na medida em que também previu que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, §2º) e que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (...)” (art. 174, *caput*). Todavia, é nota corrente na prática jurídica que a Fazenda Pública em geral não faz acordos nos processos em que atua, e tampouco procura conter a sua litigiosidade (pela via da abstenção da apresentação de defesa e recursos, por exemplo), porque sua atuação é condicionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Parece haver, então, um hiato entre o que determina a lei processual e a prática jurídica e, sob certa ótica, isto é, desde que confirmada a tese de que a indisponibilidade do interesse público impede a disposição, pelos advogados da Fazenda Pública (comumente chamados de advogados públicos ou procuradores), do direitos e deveres deduzidos em juízo pelo poder público, parece haver também uma possível antinomia entre o disposto no CPC/15 e o regime jurídico administrativo.

Definido, nestes termos, o meu problema de pesquisa, espero conseguir demonstrar, neste trabalho, que esse apontado hiato entre o que determina a lei processual e a prática jurídica, assim como essa cogitada contradição entre o regime processual e o direito administrativo, podem ser superados, no plano da ciência, pela compreensão segundo a qual o interesse público (interesse primário na concepção de Renato Alessi¹) não se confunde com o interesse do Poder Público (interesse secundário), o

¹ Quanto a à divisão do interesse público em primário e secundário, divisão propagada por Renato Alessi com amparo em Carnelutti e Picardi, temos que tal denominação encontrou amparo em nosso ordenamento com Celso Antônio Bandeira de Mello para quem: “ (...) o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tato quanto as demais pessoas,

que remete à necessidade de identificação de um conceito de interesse público que seja compatível com os ditames da legalidade. A confirmação dessa hipótese me possibilitará demonstrar, ainda, que é perfeitamente viável a celebração de acordos (autocomposição) em processos envolvendo a Fazenda Pública.

Para alcançar esse objetivo, procurarei relacionar, no primeiro capítulo, a temática do acesso à justiça e a utilização dos métodos adequados para a resolução de conflitos como alternativa ao encerramento de todas as contendas por decisões judiciais (heterocomposição estatal); contexto em que empregarei o conceito, desenvolvido pela doutrina norte-americana, de Tribunal Multiportas (de que me ocupo no capítulo 2); para depois discorrer sobre as peculiaridades da autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública (Capítulo 3) e procurarei detalhar, no último capítulo, os seus fundamentos (legalidade, interesse público e cooperação) e limites (substituição da autonomia da vontade pela legalidade, formalizaç confidentiality, particularidades da execução).

interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois, (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. (...) o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o seja, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral”. (MELLO, 2010, P. 65-66)

2. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo serão apontadas as dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para garantir o efetivo acesso à justiça frente ao número de demandas pendentes de julgamento no País em decorrência da cultura da litigiosidade, passando-se, posteriormente, a defender uma das possíveis formas de ampliar a consecução de uma decisão justa, efetiva, adequada e tempestiva, especialmente por meio da autocomposição.

2.1 O PROBLEMA DO ASSOBERBAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Questão relevante, e que tem preocupado a comunidade jurídica brasileira, é a relação entre o direito de acesso à justiça e o problema da morosidade² do Poder Judiciário³.

O direito de acesso à justiça constitui cláusula pétrea (insuscetível de alteração, nem mesmo por Emenda Constitucional) insculpida no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que trata da inafastabilidade da jurisdição. Conforme Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 76), o acesso à justiça deve ser entendido não como o direito a uma decisão judicial, mas como aquele “que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”.

Diante do leque abrangente de garantias tuteladas pela Carta de 1988⁴, notou-se em nossa sociedade contemporânea o incremento da cultura conflitiva, alicerçada na

² Sobre o tema, Madureira (2017, p.107) sustenta ser questão recorrente a crise da realização do Direito, destacando neste tema, inclusive, as discussões relativas à demora do Poder Judiciário em dar respostas aos conflitos submetidos à sua apreciação.

³ No mesmo sentido Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino dispõe: “A demanda excessiva de processos acompanhada de um Poder Judiciário acessível, porém desaparelhado, ensejou um *déficit* na estrutura orgânica judiciária, o que motivou uma crise institucional no Poder Judiciário – visto que as instituições judiciais não estavam preparadas para atender toda a demanda por justiça que se desenvolveu no país e, tampouco, contavam com o aporte funcional e o aparelhamento sistêmico adequado a permitir o fluxo transitório das excessivas demandas”. (AQUINO, 2017, p. 122)

⁴ Para Barroso a constitucionalização abrangente, assim considerada aquela que trouxe para a Constituição de 1988 inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, foi uma das causas da judicialização excessiva (entendida como a decisão, pelo Poder Judiciário, de questões de larga repercussão política ou social, e não pelas instâncias políticas tradicionais). Segundo o texto: “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política

necessidade de efetivação destas garantias no plano empírico. Em face desse cenário, o Poder Judiciário foi cada vez mais instado a solucionar os mais diversos tipos de litígios, o que resultou no aumento da taxa de congestionamento dos processos, fazendo com que o número de novas demandas superasse o número de demandas resolvidas⁵. Entendia-se, equivocadamente, que o direito de acesso à justiça, perpassava, obrigatoriamente, pelo direito a uma decisão judicial.

Tal afirmação pode ser confirmada pelo número de ações judiciais em trâmite no País. Números do CNJ⁶ apontam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com quase setenta e nove milhões e setecentos mil de processos em tramitação. Mesmo tendo baixado vinte e nove milhões e quatrocentos mil de processos de seu estoque, ingressou durante o ano de 2016 exatamente a mesma quantidade, sendo verificada ainda uma taxa de congestionamento de 73% (setenta e três por cento).

Número ainda mais expressivo e que retrata a afirmação acima, acerca do ambiente conflitivo da sociedade brasileira contemporânea, é o dado de que, em média, a cada grupo de 100.000 (cem mil) habitantes, 12.907 (doze mil, novecentos e sete) ingressaram com novas ações apenas no ano 2016⁷. Nalini (2017, p.27) ao se debruçar sobre o tema, ancora-se no pensamento de que o homem estaria em permanente conflito com o outro (o homem como lobo do homem), como defendeu Thomas Hobbes na obra *Leviatã* (NALINI, 2017, p.17). O eterno litígio, neste contexto,

em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas”. (BARROSO, 2009, p.3)

⁵ Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino, ao ressaltar a contribuição da edição da Carta de 1988 para o engessamento do Poder Judiciário em razão da expansão dos direitos e garantias alçados ao status constitucional, asseverou: “A Constituição Federal de 1988, fruto do movimento democrático vivenciado no Brasil em meados da década de 80 e resultante de uma intensa participação popular erigiu-se sob a “soma de fatores reais de poder”, além de representar um marco regulatório no reconhecimento de direitos e garantias fundamentais baseados em um conjunto de princípios, dentre os quais se destacam o princípio do livre acesso à jurisdição (CRFB/88, art. 5º, inciso XXXV), o princípio do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, inciso LV), e o princípio à prestação jurisdicional em tempo razoável (CRFB/88, art. 5º, inciso LXXVIII). Esse momento de estruturação democrática em que se encontrava a sociedade brasileira, adicionado ao processo de conscientização da cidadania, dado o reconhecimento da centralidade conferida aos direitos fundamentais na CRFB/88, acarretou o ingresso de inúmeras demandas judiciais perante o Poder Judiciário, motivadas pelo conhecimento e efetivação de direitos individuais, sociais e políticos.” (AQUINO, 2017, p. 116)

⁶<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 16/02/2018.

⁷<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 16/02/2018.

seria algo inerente à condição humana, e seria exatamente esta a sensação que o Brasil transmite ao mundo: “uma população de 202 milhões de habitantes propicia o espetáculo de mais de 100 milhões de processos judiciais, como se toda a nação estivesse a demandar”.

No mesmo sentido, justamente em razão da “atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução de conflitos ao judiciário” é que Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva, Walsir Edson Rodrigues e Moisés Mileib de Oliveira (2017, p. 692) defendem a necessidade de se valorizar cada vez mais a adoção de outras medidas para resolução dos conflitos que não apenas a obtenção de uma decisão judicial.

O corolário da duração razoável do processo (acrescentado à Constituição Federal pela EC 45/2004), foi uma das medidas encontradas pelo legislador para garantir não somente o acesso à justiça, mas também a resolução do conflito, justamente visando a efetivação da tutela tempestiva e adequada garantida aos cidadãos. Humberto Theodoro Júnior (2016, p.23), no mesmo sentido, defende que o direito à duração razoável do processo refere-se ao não apenas ao direito à prolação de uma sentença, mas também à ultimação da atividade satisfativa, para quem ainda “a condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito”. Frise-se que a duração razoável do processo não deve equivaler à celeridade a qualquer custo, mas sim ao tempo necessário para a prolação de uma decisão justa e efetiva, sem dilações indevidas e recursos procrastinatórios, devendo-se levar em conta, por evidente, as peculiaridades do caso concreto, o devido processo legal e o contraditório.

Entretanto, partindo-se de uma concepção transversa do direito à inafastabilidade da jurisdição, os destinatários do texto constitucional passaram a se valer da tutela judicial para os mais variáveis assuntos, desde aqueles que poderiam ser resolvidos de forma autônoma pelas partes, passando por aqueles em que a tutela judicial realmente se fazia necessária, fazendo com que o Judiciário não mais resolvesse, de forma rápida efetiva, o grande número de demandas, ferindo, ainda, por consequência, o princípio da razoável duração do processo.

São várias as causas apontadas para esse assoberbamento, como a extensa gama de recursos e peças possíveis de apresentação, a necessidade de maiores investimentos e infraestrutura no Poder Judiciário e a má utilização do processo pelas partes.

Independente da causa eleita, o problema do assoberbamento do Judiciário está posto⁸ e a violação a preceitos constitucionais como o direito de acesso à justiça e da duração razoável do processo, diante da morosidade constatada, são preocupações que ocupam os cientistas do direito, motivo pelo qual são buscadas outras soluções para a prolação de uma solução justa, efetiva e adequada, ainda que não representada necessariamente por uma decisão judicial.

O preâmbulo da Carta Cidadã elegeu como premissa “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores máximos de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos” e, em especial o objetivo de buscar “a solução pacífica das controvérsias”.

O direito de acesso à justiça e a garantia à razoável duração do processo, ambos insculpidos no artigo 5º, XXXV e LXXVIII da CF/88⁹, são direitos que garantem a tutela dos preceitos assegurados no preâmbulo da Carta Magna, e, em razão de sua importância, são considerados cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidas nem mesmo por Emenda Constitucional¹⁰.

⁸ Como demonstrado no introito deste trabalho, a taxa de congestionamento no ano de 2016 no Poder Judiciário Brasileiro foi de 73%, ou seja, menos de 30% das ações em curso foram finalizadas no prazo de 12 meses, mesmo havendo um incremento na informatização, no investimento em pessoal e melhora na produtividade.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

O acesso à justiça, neste contexto, funciona como veículo garantidor do efetivo cumprimento dos direitos assegurados pela Carta Maior, a fim de evitar que os mesmos se tornem apenas retóricos, destinando-se a coibir abusos por parte da Administração e servindo de parâmetro à atuação legislativa.

Entretanto, conforme bem pontuam Cambi e Vasconcelos (2016, p.132), diante da extensa relação de direitos garantidos constitucionalmente, do baixo nível de organização e atuação política da sociedade civil e da ampla possibilidade de análise dos dispositivos constitucionais por meio dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado, o direito de acesso à justiça provocou o aumento das responsabilidades atribuídas ao Poder Judiciário. Para garantir a tutela dessa vasta gama de direitos, foi exigida dos magistrados uma postura cada vez mais intervencionista, resultando em um fenômeno denominado pelos Autores, reportando-se à Luís Roberto Barroso¹¹, de “judicialização das políticas públicas”.

Esta judicialização das políticas públicas levou a um aumento substancial no ajuizamento de ações judiciais na medida em que, com a observação empírica da dificuldade experimentada pelos demais poderes em garantir o que lhes compete por disposição constitucional, coube ao Judiciário essa atribuição.

O fenômeno da judicialização das políticas públicas traz outro problema: o risco de decisões anti-isonômicas, especialmente em razão da própria concretude da decisão emanada pelo Poder Judiciário, eis que esse Poder age mediante provocação e não são todos os jurisdicionados levam seus conflitos à sua apreciação.

O risco de decisões conflitantes decorrentes desta tutela discriminatória foi acentuada por Cambi e Vasconcelos (2016, p. 142), ao aduzirem que, quando o controle judicial atende, de forma individual, um direito à prestação positiva do Estado, com prejuízo à efetivação de políticas públicas de toda a população, “compromete-se o princípio da

IV - os direitos e garantias individuais. (GN)

¹¹ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. (BARROSO, 2009, p.3)

isonomia entre os cidadãos”. Este desequilíbrio entre jurisdicionados em uma mesma situação não se pode admitir, a não ser em *ultima ratio*, e apenas para garantir o gozo de um direito que foi negado ao cidadão, apesar de devido.

Diante deste quadro de assoberbamento do Poder Judiciário e da demonstração de que a tendência é a questão se tornar mais grave em razão das novas demandas a serem propostas, é necessário o redimensionamento do significado da expressão “acesso à justiça”.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 2) o significado de “acesso à Justiça” é expressão de difícil definição, mas que tem por finalidade determinar duas funções do sistema jurídico: deve servir para que as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, e deve, ainda, garantir que esses resultados sejam individual e socialmente justos.

Na busca de viabilizar o amplo acesso à justiça e, tendo em vista o número de processos em trâmite no Judiciário, juristas brasileiros como Ada Pellegrini Grinover (2016), Fredie Didier Jr. (2015;2017), Kazuo Watanabe (2005), Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015), Rodrigo Mazzei (2011), Marco Antônio Rodrigues (2016), entre outros expoentes, passaram a estudar outras formas para que os jurisdicionados efetivamente tivessem suas pretensões atendidas.

2.2 PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA APRESENTADA: A AUTOCOMPOSIÇÃO E SEUS REFLEXOS NA CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE

Definidas, nestes termos, as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário para garantir uma tutela justa, tempestiva e adequada¹² o presente tópico apontará as soluções a serem consideradas a fim de possibilitar um amplo acesso à justiça, assim entendido como o direito efetivo à solução do conflito em tempo razoável, com especial enfoque para o estímulo à autocomposição.

Para este fim deve-se deixar claro que por acesso à justiça deve-se compreender “o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”, e não necessariamente o direito a uma decisão judicial. (THEODORO JR, 2016, p. 22).

Luciane Moessa de Souza (2012, p. 41) descreve as seguintes causas para a morosidade do Poder Judiciário, apontadas pelos próprios juízes: (i) má-utilização da justiça pelas partes, (ii) problemas infraestruturais e; (iii) o grande número de recursos existentes na legislação. Já para Maria da Glória Gonçalves de Souza Aquino (2017, p. 123), a conscientização da sociedade em torno dos novos direitos, trazidos pela Carta de 1988, somada à inoperância estatal em tratar de forma isonômica os cidadãos, e por fim, o desaparecimento do Poder Judiciário, foram os motivos determinantes para a crise institucional do órgão¹³.

Entre as soluções proclamadas para a redução da denominada “crise do judiciário” e a ampliação do acesso à justiça, portanto, aponta-se a introdução de modificações na legislação processual, de modo a reduzir a possibilidade de interposição de recursos e a concessão de prazos elastecidos, garantindo assim um trâmite mais célere das

¹² Fredie Didier Júnior (2015, p.12) dispõe que o devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, prestigia o princípio da efetividade. Por este princípio tem-se que não apenas os direitos devem ser reconhecidos, mas a execução dos mesmos também deve ser garantida.

¹³ Ainda sobre o tema Gismondi (2016, p 706) dispõe que “a força normativa dos princípios constitucionais, a crise da legitimidade da democracia representativa e a correspondente releitura da função jurisdicional fomentaram a utilização cada vez maior do judiciário”. Assim, a crescente quantidade de demandas e a insuficiência do poder judiciário para resolvê-las de modo exclusivo ocasionou um descrédito indesejável da população.

ações judiciais, e, por consequência, o fornecimento de uma tutela definitiva em menor tempo.

O Código de Processo Civil de 2015 encampou em certa medida essa hipótese, trazendo inovações no campo da contenção da litigiosidade por meio de uma maior racionalidade no trâmite processual, como podemos constatar, a título exemplificativo, pela adoção da teoria dos precedentes¹⁴ (artigos. 926 e 927)¹⁵. O sistema de precedentes impede a interposição de recursos protelatórios, já que as partes devem observar os precedentes firmados em sua atuação evitando o protocolo de peças apenas para elastecer o *iter* processual, conferindo ainda maior coerência à decisão dos magistrados, já que estes também devem observar os precedentes, minorando, assim, a possibilidade de decisões conflitantes, o que resultaria no protocolo de recursos até a confirmação final do entendimento já sedimentado por uma Corte Superior.

¹⁴ “O direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico (ZANETI JR., 2014d). A nova legislação reconhece, no art. 926, *caput*, o dever dos tribunais manterem sua jurisprudência (*rectius*: precedentes) estável, coerente e íntegra. (...) A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes). A finalidade da mudança está em assegurar racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial.” (ZANETI JR., 2015, p. 1305)

¹⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
 § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Entretanto, tal solução, apesar de sua utilidade, encontra resistência quanto à sua implementação de forma mais ampla em razão da necessidade de observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a exemplo do exposto por José Carlos Barbosa Moreira:

Não convém esquecer, por outro lado, que há uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir. Insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes – ao menos, diga-se de passagem – quando se trata de pessoas simpáticas à opinião pública (ou melhor, à opinião publicada, que com aquela somos ingenuamente somos levados a confundir). Ora, um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. Dois proveitos não cabem num saco, reza a sabedoria popular. É pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos. (BARBOSA MOREIRA. 2001, P228-238)

Desta forma, a proposta da modificação na legislação pode auxiliar na resolução do problema da morosidade da justiça. No entanto, é necessário que o processo perdure pelo tempo necessário a fim de que garantias sejam respeitadas a bem dos próprios jurisdicionados¹⁷. Desta forma, apesar de constituir uma boa estratégia, isoladamente não seria capaz de efetivamente garantir o “acesso à justiça”.

Outro possível caminho para combater a morosidade da justiça é a necessidade de realizar investimentos no Poder Judiciário, em especial no tocante ao aparelhamento, distribuição de Varas, Comarcas, informatização, aumento do número de juízes e servidores, tudo de modo a melhor movimentar a máquina judiciária (SOUZA, 2012, p. 41).

Quanto a este tópico, pertinente a colocação de Nalini (2017, p. 28) quando acentua que o momento econômico pelo qual passamos (PIB negativo, recessão econômica,

¹⁷ Este entendimento, inclusive, encontra amparo na jurisprudência do STF, conforme o seguinte julgado: Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA (ART. 121, § 2º, INCISOS II, IV e VII, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE MOTIVADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do paciente, indicada pelo modo destacado da prática do delito de homicídio qualificado, na forma tentada, contra a sua companheira. Precedentes. 2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz.** Inexistência de mora processual atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário. 3. Habeas corpus denegado. (GN) HC 138262 / SE – SERGIPE. DJe 01.12.2017.

estagnação, queda na arrecadação e contingenciamentos) não ampara grandes investimentos na máquina judiciária¹⁸, motivo pelo qual as medidas alternativas a estes investimentos financeiros, como a autocomposição, ganham cada vez mais destaque em nosso meio jurídico.

O estímulo à consensualidade também se mostra mais viável devido ao fato de que, ainda que haja grande investimento na área de aparelhamento da justiça, a taxa de congestionamento permanecerá alta e o número de novas demandas continuará a crescer, em números ainda maiores que a quantidade de demandas encerradas, aumentando anualmente o estoque processual¹⁹.

Diante de tais propostas e das considerações feitas a cada uma delas, defende-se que as hipóteses aventadas, apesar de válidas e importantes, no momento presente não causariam um maior impacto para o oferecimento aos cidadãos de uma tutela, justa, efetiva e adequada do que o estímulo à contenção da litigiosidade, especialmente por meio da autocomposição.

A proposta do presente trabalho, neste contexto, é demonstrar que a contenção da litigiosidade, com destaque para os métodos autocompositivos, pode melhorar o desempenho do Poder Judiciário, reservando-se à apreciação judicial apenas os processos que efetivamente demandem uma solução impositiva estatal.

Sobre a forma de satisfação do conflito existente, Madureira (2017, p. 78) afirma que uma visão mais fria do cenário posto poderia levar ao entendimento de que “pouco importa aos litigantes que as contendas sejam solucionadas por acordos ou por

¹⁸ Sengo o CNJ: “As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do País. (...). Destes recursos, 95% destinaram-se ao custeio de magistrados e servidores ativos e inativos. Não se trata apenas do que comumente se considera salário ou aposentadoria. Incluem-se aí remuneração, proventos, pensões, encargos, benefícios e outras despesas indenizatórias.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>.

Acesso em 16/02/2018.

¹⁹ Conforme dados do CNJ, apesar de todos os investimentos financeiros, o estoque do Judiciário só vem aumentando desde 2009, o que demonstra que tal situação de asoberbamento não está nem perto de chegar ao fim, confira-se: “Tais fatores ajudam a entender o porquê de, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009, conforme demonstra a Figura 40. O crescimento acumulado no período foi de 31,2%, ou seja, acréscimo de 18,9 milhões de processos.

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>.

Acesso em 16/02/2018.

decisões judiciais que enfrentem o mérito da pretensão”. Entretanto, o tema merece uma análise mais aprofundada, eis que muitas das vezes, nos casos adequados, as soluções consensuais se mostram mais satisfativas que a decisão judicial imposta.

Diante desse contexto de assoberbamento do Poder Judiciário e do estímulo às soluções consensuais, a importância da mitigação da cultura da sentença (nas palavras de Kazuo Watanabe)²⁰ e a necessidade de exaltação da cultura da pacificação reside no fato de que em alguns casos a submissão da contenda a uma decisão judicial pode não ser a via mais indicada para a resolução do problema. Deve-se ter em mente que o cidadão recorre ao Poder Judiciário não porque deseja somente uma sentença favorável, mas porque espera que o seu conflito seja solucionado em definitivo. Assim, caso o cidadão perceba que seu conflito pode ser solucionado de forma efetiva por outro meio que não uma decisão judicial, para ele não haverá qualquer demérito na escolha pela via consensual.

O estímulo à autocomposição para a solução de conflitos, inclusive, já constava no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Brasileira de 1824²¹. A Carta então vigente concedeu à conciliação (entendida hoje como autocomposição) status de destaque, determinando fosse adotada a tentativa de consenso como procedimento prévio e obrigatório para se ajuizar demanda judicial. (CAMPOS; FRANCO, 2017.p.267)

Ressalte-se, contudo, que o fato de alguns conflitos poderem ser resolvidos por outros meios além de uma decisão judicial não significa que esteja ocorrendo qualquer tentativa de usurpação de competência deste órgão, mas sim, postula-se a necessidade de averiguação da adequação ao método que melhor solucione o problema sob análise. Frise-se que, mesmo em optando o jurisdicionado pelos

²⁰“Sobre a cultura da sentença pontua ainda Watanabe em citação transcrita por Yarshell e Moraes: “Disso tudo nasceu a cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença ao invés de conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes”. (YARSHELL, MORAES, 2005, s.p.)

²¹ “Pode-se, de certo modo, afirmar que a tradição lusitana da concertação se manteve em solo brasileiro mesmo depois do rompimento político. Inovou-se, contudo, a autoridade responsável por realizar o procedimento de conciliação e seu caráter de condição essencial para a lide: Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei. (Grifa-se, BRASIL, 1824). A conciliação tornou-se, assim, preceito constitucional e não processual”. (CAMPOS; FRANCO. 2017, p.267)

métodos denominados de “alternativos”, ele sempre poderá recorrer à esfera judicial em razão da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Sobre o tema expõe Fernanda Tartuce²² (2008, p. 171):

A introdução dos meios alternativos não visa substituir ou enfraquecer o poder judiciário, mas, pelo contrário, a oferecer meios mais adequados de resolução de conflitos e inserir-se no âmbito da modernização do Poder Judiciário, facilitando a efetiva prestação jurisdicional [...].

Portanto, não se trata de atribuir a pecha de ineficiente ao Poder Judiciário ou lhe usurpar qualquer competência, mas sim de adequar o direito de acesso à justiça não somente à decisão judicial, mas também às soluções consensuais, de forma que se forneça uma tutela tempestiva e efetiva, optando-se em cada caso concreto pela melhor via para tanto. Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 71) leciona que o princípio da autonomia da vontade, no caso da opção pelas soluções consensuais de controvérsias, acabou se impondo à ideia do monopólio estatal²³, pois partindo da necessidade de busca pelo instrumento mais adequado para a solução de cada conflito, “verifica-se que a Justiça Estatal nem sempre se apresenta como a via melhor, mais eficiente e efetiva”.

Cappelletti inclui as soluções consensuais de controvérsias, dentro de seu estudo, como parte integrante da terceira onda de acesso à justiça, aduzindo que em certas espécies de litígios, a solução tradicional em juízo pode não constituir o melhor caminho, e para buscar a melhor solução, deve-se buscar alternativas aos juízos ordinários e procedimentos usuais, pontuando:

Essa ideia decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da

²² “A adoção de meios alternativos de composição de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada não só em virtude dos problemas dos sistemas jurídicos e judiciários vigentes, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa, em que o cidadão seja protagonista na busca da solução por meio do diálogo e do consenso” (TARTUCE, 2008, p.168).

²³ Nesse sentido também aponta Guerrero. “Embora as MASC’s não confiram impacto direto nas formas de *case management*, que pode se dar com outras medidas, o certo é que se verifica um largo incremento de sua utilização, fazendo com que o Judiciário garanta por meio deles Justiça rápida e efetiva. Isso não quer dizer que tais métodos não tenham impacto para o Judiciário, nem é essa a discussão. Trata-se apenas da constatação de que os MASC’S não substituem o Judiciário, não são a panaceia, mas podem ser importantes instrumentos auxiliares. (GUERRERO, 2015, p.72)

população, aliás, ao menos teoricamente, a toda população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem estar dispostas a (e felizes em) pagar. (CAPPELLETTI, 1994, p.87)

Ressaltada a importância do estímulo às soluções consensuais de controvérsias, temos que essas também podem ser consideradas mais atraentes para as partes pois além de poderem ter um custo global mais baixo que o processo, conferem uma maior segurança na efetivação da execução do acordo, eis que a solução encontrada reflete a participação direta das partes envolvidas. Sobre o tema Madureira (2017, p. 97) defende esta mesma premissa ao arguir que “a resolução de um conflito mediante autocomposição traz, potencialmente, menor risco de posterior resistência das partes processuais à satisfação do direito deduzido no processo”.

A solução do conflito, quando existe o envolvimento direto das próprias partes no poder de decisão é dotada de um maior grau de exequibilidade do que aquele que é definido por um terceiro estranho à causa de forma impositiva, como um juiz. As partes, inclusive, possuem importância vital para o sucesso das soluções consensuais de controvérsias, motivo pelo qual torna-se indispensável que as mesmas se conscientizem de que são sujeitos de direito capazes de assumir uma negociação, com a interveniência ou não de um terceiro, e resolver o conflito por elas próprias²⁴.

A importância do papel das partes para o sucesso das soluções consensuais de controvérsias foi exposta por Siviero e Vincenzi (2016, s.p.) ao aduzirem que a justiça consensual remonta a uma postura dicotômica das partes na construção de uma solução para o problema, enquanto os processos judiciais apresentam estrutura triádica, ou seja, cabe a um terceiro estranho à lide prolatar uma decisão imperativa, pondo fim ao litígio. Nesse contexto, os métodos de solução de conflitos fundados no consenso ajudam a suplantar as insuficiências próprias da justiça adjudicada e permitem que os cidadãos participem diretamente da formação do acordo, bem como assumam os riscos e consequências do processo decisório, aduzindo:

²⁴ No sentido de que as soluções consensuais de controvérsias permitem um maior empoderamento do indivíduo, o que acaba por ocasionar aos poucos uma mudança na postura demandista que hoje vivenciamos, colacionam-se as palavras de Brunela Vieira Vincenzi e Ariadi Sandrini Rezende (2017, p. 538): “sendo o conflito inerente ao processo natural do homem, este passa a entendê-lo e resolvê-lo com a humanização dos problemas e com os princípios humanos, respaldados em meio ao diálogo da mediação, no sentido de valorizar a pessoa humana diante do litígio, torna-se capaz de solucionar os conflitos respeitando o processo de reconhecimento dos indivíduos”.

[...] a autocomposição também instrumentaliza o processo de emancipação social e de consolidação das liberdades individuais dos cidadãos, pois autonomiza os indivíduos a assumirem o controle sobre o desfecho de seus relacionamentos conflituosos, instando-os ao debate e ao exercício de se colocar no lugar do outro para entender seus anseios e pretensões [...] (SIVIERO; VINCEZI, 2016. s.p)

No tocante à importância das soluções autocompositivas para a contenção da litigiosidade, bem como seu papel no empoderamento do indivíduo enquanto sujeito de direitos, Madureira (2017, p. 78) expõe que, diante da solução impositiva prolatada pelo Poder Judiciário, a parte sucumbente pode se sentir injustiçada em face das razões de decidir do magistrado, caso em que poderá lhe parecer que apesar de ter lhe sido conferido o direito de acesso ao Judiciário, não lhe foi conferido o direito a uma decisão justa. Esta irresignação experimentada pela parte sucumbente pode levar a uma série de interposição de recursos, elastecendo o *iter* processual e tornando a justiça ainda mais morosa.

Neste esteio, a autocomposição, por levar em conta a participação de todas as partes para o desfecho do processo, permitiria uma maior celeridade no resultado final, contribuindo para a contenção da litigiosidade em razão da inexistência de recursos, bem como aumentaria as chances de um cumprimento espontâneo do acordado, decorrente do sentimento de legitimidade impresso pelo papel desempenhado pela parte no termo final do acordo. Ravi Peixoto (2017, p. 106) também destaca este importante reflexo das soluções consensuais de controvérsias no sentido de empoderamento e validação das partes ao estimularem os interessados a se perceberem reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito, bem como possibilita a configuração de um método mais eficiente de resolução de conflitos futuros em razão da experiência obtida na autocomposição.

Assim, resta evidente que as soluções consensuais de controvérsias podem ser instrumentos de pacificação social ainda mais eficazes para alguns casos do que a própria decisão judicial, possibilitando o reconhecimento das partes enquanto sujeitos capazes e aptos a alcançar o consenso em seus próprios conflitos, onde não existirão vencedores ou vencidos, apenas agentes colaborativos.

3. TRIBUNAL MULTIPORTAS

O problema do assoberbamento do Poder Judiciário e de sua dificuldade em prover, isoladamente, uma decisão justa, adequada e tempestiva parece residir na cultura da litigiosidade que se estabeleceu em nossa sociedade, demonstrada pelo número de ações judiciais em trâmite no Brasil e pela alta taxa de congestionamento. Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 83) defende que a justiça não se realiza apenas pelo acesso aos tribunais, mas sim pelo acesso à ordem jurídica justa. Dentro deste panorama, a meta do acesso a esta ordem jurídica justa é a pacificação social, que poderá ocorrer, em maior ou menor grau, de acordo com os métodos processuais empregados para atingir a resolução dos litígios. Kazuo Watanabe (2005, p. 685), ao criticar a cultura da litigiosidade, dispõe que toda ênfase, no meio jurídico, é dada à solução do conflito por meio de decisão judicial, por sentença, sobressaindo a sistemática da decisão imperativa proclamada pelo representante do Estado, sem qualquer espaço para a adequação, para o concurso das vontades das partes e observando-se as especificidades do caso, ressaltando ainda que nem sempre esta será a melhor opção.

Essa compreensão tem orientado uma mudança de postura. Na busca por uma solução ao problema da morosidade da justiça, países da *common law*, especialmente dos Estados Unidos e Inglaterra²⁵, se dedicaram ao estudo dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Tal movimentação pode ser verificada, no Brasil, por meio da evolução normativa observada até então através da legislação extravagante, podendo ser indicado, a título de exemplificativo, a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº

²⁵ “A tendência de aposta nos meios alternativos de solução de conflitos não é exclusiva do direito brasileiro. Nos EUA, entre 1980 e 1998, o Congresso Americano elaborou cinco diferentes legislações incentivando a utilização desses meios alternativos. Na União Europeia, foi editado, em 2008, uma Diretiva da Mediação e, mais recentemente, em 2013 foi editada a Diretiva sobre a Resolução Alternativa de Litígios de Consumo. A Alemanha, por exemplo, também tem apostado nos meios - alternativos e pacíficos de resolução de conflitos, editando, desde 2000, algumas legislações incentivando-as, inclusive, permitindo que os Estados da Federação imponham, em algumas causas, um procedimento de conciliação obrigatório prévio. A Itália, também, foi outro país em que a legislação foi reformada para incentivar a utilização dos meios alternativos e pacíficos de solução de conflitos⁶ e há uma efetiva tendência de valorização da temática na Europa. Esses métodos de resolução alternativos de conflitos fazem parte de um projeto de acesso à justiça, mas o seu objetivo não é servir como armas a serem utilizadas para efetivar a duração razoável do processo, embora indiretamente possam ter esse efeito”. (PEIXOTO, 2016, p. 467 – 497)

9.099/95), a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.306/97²⁶) e a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01), entre outras.

Uma vez demonstrada a importância das soluções consensuais de controvérsias para o novo modelo de “acesso à justiça” de modo a permitir a obtenção de uma tutela justa, adequada e efetiva, bem como sua contribuição para a contenção da litigiosidade, passar-se-á a esmiuçar como elas estão reguladas no direito brasileiro.

Para tanto, será demonstrada a adoção, pelo direito brasileiro, do Tribunal Multiportas, bem como a existência, em nosso ordenamento jurídico, de um microssistema consensual, formado pela Resolução nº 125 do CNJ, pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) e pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)²⁷.

3.1 O SURGIMENTO DA IDEIA NO DIREITO NORTE-AMERICANO: CONCEITO E EXTENSÃO DO INSTITUTO

O termo *Multi-Door Courthouse* foi pela primeira vez suscitado na cidade de Washington em 1976, na denominada *Pound Conference*, organizada pela *American Bar Association (ABA)* e capitaneada por órgãos estatais e presidentes de tribunais norte-americanos. O jurista Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, convidado a palestrar no evento, vislumbrou um modelo múltiplo de organização judiciária, privilegiando a adequação do conflito ao melhor meio para sua resolução, colocando em cheque o protagonismo do Judiciário.

Por este modelo, a decisão judicial não mais seria a primeira e principal via de acesso à justiça para a resolução de conflitos e passaria a ser um dos meios para elucidar a questão posta à apreciação, de acordo com a natureza e as especificidades de cada caso. O acesso à justiça se ampliaria e haveria a possibilidade, com a redução dos processos judiciais, de soluções mais justas, rápidas e tempestivas para as lides.

²⁶ Alterada pela Lei nº 13.129/2005.

Nas palavras do próprio Frank Sander, em algum momento as cortes de justiça foram o lugar principal para as resoluções de conflitos, mas isto se tornou passado. Com o desenvolvimento das leis administrativas, a delegação de certos problemas a órgãos especializados se tornou comum, ainda que dentro do próprio judiciário também se tenha criado fóruns especializados para lidar com litígios familiares e tributários, entre outros. Essas divisões foram entregues a entidades com bastante experiência nas áreas respectivas, gerando o questionamento de que se não seria agora o momento de elevar tais métodos alternativos a meios primários de resolução de conflitos. (SANDER, 1979, s.p.)

Diante das ideias reveladas na Pound Conference de 1976, a ABA (Ordem dos Advogados dos Estados Unidos) publicou uma revista para divulgar o evento, retratando a ideia do expositor sobre a multiplicidade de meios para o acesso à justiça como uma grande quantidade de portas a serem escolhidas pelas partes para solucionar os mais diversos tipos de conflitos. Daí adveio a ideia do nome *Multi-Door Courthouse*. O nome originalmente veiculado pelo criador seria “Centro Abrangente de Justiça”. Tribunal Multiportas se consolidou como mais representativo.

Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva, Walsir Edson Rodrigues e Moisés Mileib de Oliveira (2017, p. 695), ao escreverem acerca do ocorrido na Pound Conference, disseminaram o entendimento de que, desde aquele evento, Sander já estava lançando as diretrizes para um Centro de Justiça Global, onde seriam estabelecidas uma série de métodos de soluções alternativas de disputas (*alternative dispute resolutions*), tais como mediação, arbitragem, conciliação, med-arb, entre outros; com o intuito de buscar a solução mais adequada para cada conflito, reduzindo a quantidade de litígios a serem resolvidos por uma decisão judicial.

No Brasil, em 2012, pela iniciativa conjunta da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade de Saint Thomas foi realizada uma palestra, transcrita posteriormente em um livro, para apresentar pesquisa realizada pelo *International ADR Research Network* (programa representado pela professora Mariana Hernandez Crespo). Sander e Crespo discorreram sobre a dinâmica do Tribunal Multiportas e sua função de ampliar o acesso à Justiça.

Nas palavras do criador do instituto, quando de sua passagem pelo Brasil:

A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. Venho trabalhando nessa questão desde 1976, porque na verdade o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples. É nisso que temos trabalhado”. (SANDER, 2012, s.p.).

Madureira (2017, p. 90), citando Vinícius José Corrêa Gonçalves, conceitua o Tribunal Multiportas como um “sistema pluriprocessual de resolução de controvérsias”, que tem por finalidade disponibilizar processos com características específicas que sejam adequadas às especificidades do caso concreto.

Nessa palestra, posteriormente transcrita para livro, os interlocutores expressam que o Tribunal Multiportas é eficiente porque permite que as partes concluam o conflito de forma relativamente barata e rápida. Pode, ainda, o instituto do *Multi-Door Courthouse* ser considerado efetivo porque direciona as partes ao método mais apropriado para a resolução de seus conflitos, possibilitando, dessa maneira, o seu nível de satisfação com o resultado, além de aumentar a probabilidade da execução da solução obtida. Ademais, O Tribunal Multiportas tem ainda o potencial de liberar o Judiciário de ações que são mais apropriadas aos métodos alternativos de resolução de conflitos, mantendo-se apenas aquelas que exijam processo público.

Como visto, o escopo do Tribunal Multiportas é implantar um centro de resolução de conflitos onde a escolha do melhor caminho para a solução da contenda seja feita em razão da adequação do método ao caso concreto, ou seja, todos os caminhos têm a mesma importância, e nem mesmo a via judicial seria superior às demais.

A ideia de buscar outras formas de solucionar conflitos além da decisão judicial se amoldou ao ideal representado pelo Código de Processo Civil de 2015 de estímulo às soluções consensuais de controvérsias, motivo pelo qual defende-se, neste trabalho, a adoção do Tribunal Multiportas pelo novo *Codex* processual, estímulo que já vinha sendo percorrido desde a edição da Resolução nº125 do CNJ e, posteriormente, foi também adotado pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 37), no mesmo caminho, atestam que a adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias é uma tendência mundial

que hodiernamente vem sendo estimulada, não apenas para aumentar o acesso à Justiça em razão dos problemas constatados no Judiciário, mas também em razão do desenvolvimento de uma cultura cada vez mais democrática e participativa, onde o jurisdicionado assume papel de destaque na busca pela solução de suas contendas por meio do consenso²⁸.

Nessa seara, o Tribunal Multiportas se afigura como peça essencial na contenção da litigiosidade, pois nele a contenciosidade dá lugar à sintonia de objetivos e a belicosidade pode dar espaço ao consenso, respeitando a diversidade em detrimento da adversidade. Pode-se visualizar, desta forma, uma nova rota onde todos os interessados têm uma efetiva participação, se “utilizando do verdadeiro instrumento e agente de transformação – o diálogo conduzido pelo mediador – no lugar da sentença que corta a carne viva” (ANDRIGUI e FOLEY, 2008, p.286).

3.2 A ASSIMILAÇÃO DO *MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM* NO DIREITO BRASILEIRO

Diante da relevância do instituto e da constatação de que, pelo menos entre nós, o Poder Judiciário não mais está conseguindo, isoladamente, viabilizar a tutela justa e efetiva em tempo razoável, aos poucos a legislação brasileira passou a incluir e estimular os meios consensuais de solução de controvérsias.

O modelo de processo adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, que regulava de forma superficial a autocomposição e colocava em destaque a decisão heterocompositiva fornecida pelo Poder Judiciário, passou a não mais atender aos anseios da população por soluções rápidas, tempestivas e efetivas a seus conflitos,

²⁸ No mesmo caminho atestam ainda os autores que “é preciso considerar a “adequação” do meio - e a sua “alternatividade”. Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias. Como afirmou a doutrina: “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução e conflitos se forem os modos adequados de resolução destes conflitos. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais”. (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2017, p. 37).

justamente em razão da quantidade de demandas posta à apreciação dos magistrados²⁹, resultando nas altas taxas de congestionamento observadas, atualmente verificadas em patamar superior a 70% (setenta por cento).

A forma tímida e endoprocessual do estímulo à conciliação, no sentido de autocomposição, do Código de Processo Civil de 1973 pode ser verificada por meio dos arts. 331, §3º (audiência preliminar com vistas a conciliar, sanear e organizar a instrução), 125, IV (dever de estimular, a qualquer tempo, a conciliação), 447 e 449 (conciliação como etapa prévia à instrução e julgamento), entre outros. Facci (2016, p. 385) dispõe que o Código de Processo Civil de 1973, ressaltou o estímulo das soluções consensuais, sem, contudo, aprofundá-las, ou mesmo reger, de forma mais incisiva, o procedimento a ser adotado. O procedimento conciliatório era previsto apenas no ambiente processual e sua condução cabia ao magistrado. Para o Autor, a opção do legislador para os procedimentos conciliatórios no *Codex* anterior foi “a maior concentração de atos processuais no menor tempo possível”, visando, principalmente, a economia, a celeridade e a efetividade processuais. Entretanto, não há como se negar o caráter insuficiente do tratamento conferido ao estímulo da conciliação no diploma normativo processual anterior, ressaltando-se que apenas a conciliação foi adotada, sem, contudo, que houvesse uma regulamentação sobre como esta deveria ocorrer, sem balizá-la, ou seja, “não cuidou dos meios de que poderia o Judiciário se utilizar para fomentar o entendimento entre as próprias partes”.

A edição da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.317/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015), também constituiu importante instrumento de contenção da litigiosidade, na medida em que permite a resolução de conflitos fora da via judicial, ainda que se trate de solução alternativa heterocompositiva. Sua relevância, na esteira da compatibilidade das soluções adequadas de controvérsias com o ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes da publicação do Código de Processo Civil de 2015, pode ser retratada pelo julgamento do recurso SE-AgRg 5.206-7/EP pelo STF³⁰, no ano de 2001, onde o

²⁹ Neste sentido, Mayara de Carvalho Araújo (2016, p. 91) ao dispor sobre o Código de Processo Civil de 2015, expõe: “Por essa razão, o código prioriza os métodos consensuais de resolução de conflitos, que devem ser oportunizados a qualquer tempo do processo. Com isso, distancia-se do autoritário viés heterocompositivo que estava sendo enfatizado até então e rompe a imagem do processo como jogo ou guerra entre as partes”.

³⁰ STF, Pleno, SE-AgRg 5.206-7/EP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, ac. 12.12.2001, DJU 30.04.2004, pg. 29.

excelso pretório analisou causa posta à sua apreciação acerca da possibilidade de homologação de laudo arbitral estrangeiro, outorgando-lhe a qualidade de sentença. Tendo prevalecido o voto exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, podemos constatar do voto que a Corte decidiu, pela via incidental, sobre a possibilidade de escolha pelas partes da via da arbitragem em oposição à via judicial, votando favoravelmente a esta possibilidade, bem como reconhecendo sua compatibilidade com a Carta Magna. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que no caso não havia qualquer ofensa ao princípio do amplo acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) quando o litígio foi contratualmente submetido ao meio alternativo de solução de conflito, eis que não se verifica violação à inafastabilidade da jurisdição quando o afastamento provém da autonomia da vontade, livremente negociada entre as partes. Segundo o Ministro Relator, a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais feita pela Lei nº 9.307/96 não pode ser considerada

EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, **considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.** Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. Único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (GN)

vedação do acesso ao Poder Judiciário às partes, o que apenas ocorreria se uma das partes fosse obrigada a trilhar o caminho da arbitragem. Em derivando o compromisso arbitral do consentimento das partes, e, somente podendo ser objeto dos mesmos, direitos disponíveis, patente a legitimidade da renúncia à via judicial, mormente se considerado que o direito de ação, embora autônomo, tem caráter instrumental.

Ressalte-se que no campo da Administração Pública, a alteração promovida pela Lei nº 13.129/15 à Lei nº 9.307/96, incluiu em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, de forma expressa, o cabimento da arbitragem pelo Poder Público, direto e indireto, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis³¹.

Por fim, destaca-se ainda o II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo³², firmado em 13/04/2009 pelos representantes dos três Poderes da República para a implementação de modificações no ordenamento jurídico e de outras medidas, objetivando o aperfeiçoamento do aparelho estatal. Tal Pacto teve por objetivo permitir o acesso universal à justiça, especialmente dos mais necessitados, e o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo, pela

³¹ Marcos Antônio Rodrigues (2016, p. 396) dispõe que o óbice usualmente arguido para impedir a Administração Pública de optar pela arbitragem em razão do dever de obediência ao princípio da legalidade, foi extirpado de nosso ordenamento com a edição da Lei de nº 13.129/15.

³² Firmar o presente PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO, com os seguintes objetivos:

I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;

II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;

(...)

Para a consecução dos objetivos estabelecidos neste Pacto, assumem os seguintes compromissos, sem prejuízo das respectivas competências constitucionais relativamente à iniciativa e à tramitação das proposições legislativas:

a) criar um Comitê Interinstitucional de Gestão do presente Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, com representantes indicados por cada signatário, tendo como objetivo desenvolver e acompanhar as ações pactuadas;

b) conferir prioridade às proposições legislativas relacionadas aos temas indicados no Anexo deste Pacto, dentre as quais destacam-se a continuidade da Reforma Constitucional do Poder Judiciário e os temas relacionados à concretização dos direitos fundamentais, à democratização do acesso à Justiça, inclusive mediante o fortalecimento das Defensorias Públicas, à efetividade da prestação jurisdicional e ao aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados à sociedade;

(...)

d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização; (GN)

(...)

l) fortalecer o exercício do direito fundamental à ampla defesa e da advocacia;

m) viabilizar os recursos orçamentários necessários à implantação dos programas e ações previstos neste Pacto;

prevenção de conflitos e o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado. O documento visou ainda a proteção dos direitos humanos fundamentais, a criação de mecanismos para conferir maior agilidade à prestação jurisdicional, além de estabelecer a união entre os Poderes da República para fortalecimento dos instrumentos já existentes de acesso à justiça.³³

Da assinatura deste Pacto, e, tendo em vista o compromisso nele expresso de busca pelo amplo acesso à justiça, pela duração razoável do processo e da prevenção dos conflitos, houve, no ano seguinte, a edição da Resolução nº 125/2010³⁴ do CNJ, que é o primeiro ato normativo que integra o microssistema das soluções consensuais de controvérsias, mais adiante demonstrado.

3.2.1. A Resolução nº 125/2010 do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça foi instituído por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004³⁵, que incluiu o art.103-B no corpo da Constituição Federal. É órgão dotado de competência para desenvolver ações e programas com o objetivo de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário. Dentre as múltiplas funções do Conselho Nacional de

³³ Luciane Moessa destacando a importância do II Pacto Republicano, ressaltou, entre os demais objetivos retratados no documento, os objetivos de “aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos” (SOUZA, 2012, p. 38).

³⁴ Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses. (Redação anterior à modificação realizada pela emenda nº 2/2016)

³⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

Justiça, encontra-se o dever de instituição e atualização das políticas judiciárias (art. 1º), visando aprimorá-las.

Com base neste dever de aprimoramento do acesso à justiça, e, tendo em vista a balizas estabelecidas II Pacto Republicano firmado em 2009³⁶, foi editada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual cria, em seu artigo 1º, a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses visando assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. A Resolução nº 125 talvez configure o primeiro texto legal que encampou, de forma expressa, a política de tratamento adequado de conflitos, contribuindo diretamente para a compreensão do direito de acesso à justiça como direito de acesso a uma ordem jurídica justa, “assegurando a todos os cidadãos o direito à solução dos conflitos de interesses e dos problemas jurídicos em geral pelos meios mais adequados, e não apenas pelos processos estatais” (GRINOVER, 2016, p. 79).

No art. 4º da Resolução nº 125 reafirma-se a atribuição do Conselho Nacional de Justiça para promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, prevendo a implementação do programa com a participação de todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pelas entidades públicas e privadas parceiras e as entidades de ensino. A Resolução menciona a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir os litígios, especialmente em razão do fato de que a adoção destes métodos evita a excessiva judicialização dos conflitos e o aumento na quantidade de recursos e execução de sentenças, oportunizando ainda um acesso à justiça cada vez mais adequado e efetivo.

Diante dessas considerações, temos que esse ato normativo deixa claro que cabe aos órgãos judiciários o oferecimento de mecanismos de soluções de controvérsias,

³⁶ O II Pacto Republicano de Estado foi um pacto firmado pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para a implementação de modificações no ordenamento jurídico e de outras medidas, objetivando o aperfeiçoamento do aparelho estatal. Tal Pacto teve por objetivo permitir o acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos e o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

disciplinando ainda, métodos consensuais como a mediação e a conciliação, demonstrando a obrigação do judiciário na promoção destes métodos, paulatinamente os incluindo na sociedade civil, bem como dispendo sobre as funções de mediadores e conciliadores³⁷. Ana Cândida Menezes Marcato (2017, 131) e Marco Antônio Rodrigues (2016, p. 373) destacam exatamente esta importância da Resolução nº 125 do CNJ, qual seja, deixar evidente a obrigação do Poder Judiciário de prover, além da solução adjudicada por meio de sentença, outros meios de soluções de controvérsia como a mediação e a conciliação.

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino (2017, p. 154) atesta que o Poder Judiciário passa, com a Resolução nº 125 do CNJ, a exercer um papel de protagonismo na política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses com vistas à sua desjudicialização, a qual deve ser buscada por meio da utilização dos meios consensuais de resolução de controvérsias, devendo, para tal finalidade, se reestruturar a composição orgânica do Judiciário.

Quanto a esta reestruturação, a própria legislação sob análise estipulou uma série de medidas a serem implantadas pelo Poder Judiciário para efetivar as finalidades previstas na Resolução nº 125, entre as quais: a) a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente

³⁷ Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser compostos necessariamente de estágio supervisionado. Somente deverão ser certificados mediadores e conciliadores que tiverem concluído o respectivo estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores de diálogo entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido nesta Resolução (Anexo III).

§ 5º Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, o conciliador e o mediador receberão, pelo seu trabalho, remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania *ad referendum* do plenário.

atuantes na área; b) a criação e manutenção do cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; c) a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão; d) efetuar o cadastramento das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes, bem como cadastrar seus mediadores e conciliadores, para que possam realizar sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial, e; e) a criação do Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores.

O art. 8º da Resolução dispôs sobre as audiências de conciliação e mediação, as quais serão, preferencialmente, realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. O §1º desse artigo ressalva ainda que as sessões de conciliação e mediação pré-processuais serão realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro. Somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados pelo Tribunal, podendo fazê-lo por meio de parcerias (art. 12).

O resultado das medidas estabelecidas pela Resolução nº 125/2010 do CNJ pode ser observado no informativo a *Justiça em números* do ano de 2017³⁸, por meio do qual se comprova estar o Poder Judiciário efetivamente adotando várias medidas de incentivo ao consenso:

A conciliação é uma política adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. Há nove anos o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, momento em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual. Ademais, por intermédio da

³⁸ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 16/02/2018.

Resolução CNJ n. 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2016, 905 CEJUSCs instalados.

Resta demonstrada, portanto, a importância da Resolução nº 125/2010 do CNJ como marco legal para a implantação das soluções consensuais de controvérsia no direito brasileiro, bem como o constante investimento do Poder Judiciário para seu aprimoramento.

3.2.2 O Código de Processo Civil de 2015

Após o ingresso em nosso ordenamento da Resolução nº 125/2010, foi publicado, por meio da Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil de 2015, sedimentando, em nosso meio, o processo civil constitucional³⁹. Publicado com esboço na ideia de ampliação do acesso à justiça, e da promoção, não apenas de um julgamento, mas também de uma resolução definitiva, justa, tempestiva e adequada da lide, o Código de Processo Civil de 2015 retira a prolação de sentença do centro das soluções dos litígios, privilegiando, além da decisão judicial, também as soluções autocompositivas e a arbitragem.

O Código de Processo Civil de 2015, então, inaugurou uma nova dinâmica na forma de condução do processo em sua totalidade, visando conferir celeridade, segurança e a efetiva tutela dos direitos pleiteados. Destaca-se, nesse contexto, a previsão do art. 3º⁴⁰ do *Codex*, pontuando-se, especificamente, a defesa da solução consensual

³⁹ Neste sentido Humberto Theodoro Júnior explicita que “a constitucionalização do processo, e do direito positivo como um todo, é um fenômeno atual e do qual não se pode afastar, tem em conta a evolução que atingiu o moderno Estado Democrático de Direito. Por meio dela se procedeu ao reconhecimento de que é imperiosa a aplicação direta das normas constitucionais sobre o direito processual, independentemente de regulamentação infraconstitucional. Sua autoaplicabilidade vem proclamada textualmente pelo art. 5º, §1º, da nossa Constituição. (2016, p. 20)

⁴⁰ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

de conflitos a ser exercida por toda a comunidade jurídica. O texto codificado de 2015 aprofundou e regulamentou as soluções consensuais (mediação e conciliação), adotando uma política clara de incentivo à autocomposição como forma de extinção do litígio, alçando ao status de lei fundamental processual a política pública de incentivo à solução consensual de conflitos, com esboço na determinação contida no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988.

Madureira (2017, 108) ao tratar da importância que o estímulo à autocomposição pode ter na contenção de litigiosidade como forma de promover um acesso adequado à justiça, reputa evidente que:

(..) uma melhor compreensão das partes sobre os reais contornos do objeto litigioso, seja no que se refere à caracterização dos fatos constitutivos da lide, seja no que toca à identificação e interpretação dos enunciados prescritivos que lhe são aplicáveis, conduz, potencialmente, a um desfecho mais célere para a contenda, que pode nem vir a ser judicializada (prevenção de demandas judiciais) ou, ainda, encerrar-se antes da prolação da decisão definitiva pelo Poder Judiciário (reconhecimento do pedido, opção pela não apresentação de defesas e recursos, autocomposição, etc.).

Este foi o contexto em que foi publicado o Código de Processo Civil de 2015, que adotou o Tribunal Multiportas em seu art. 3º, dispondo que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, e ainda que: (i) é permitida a arbitragem, na forma da lei; (ii) o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e, (iii) a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Vê-se, pois, que o *Codex* estabelece que o acesso à justiça não passa prioritária nem exclusivamente pela decisão judicial, mas também, pela arbitragem, pela mediação e pela conciliação, devendo inclusive serem as opções consensuais como a mediação e a conciliação estimuladas por todos os partícipes da relação processual, até mesmo no curso desta⁴¹. Assim, as soluções consensuais podem e devem ser adotadas tanto no ambiente endo quanto extraprocessual.

⁴¹ Sobre a adoção do Tribunal Multiportas e sua finalidade Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva, Walsir Edson Rodrigues e Moisés Mileib de Oliveira (2017, p. 692) aduzem: “Busca-se, assim, a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso à jurisdição constante do inc. XXXV do art. 5º da CRFB/88. A mescla destas técnicas de dimensionamento de litígios se faz momentaneamente necessária pela atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao judiciário, fato facilmente

Importante ressaltar que o art. 3º está inserto no Capítulo referente às normas fundamentais⁴² de processo civil, normas de observância cogente que devem permear toda a atuação na relação processual. As normas fundamentais são enunciados aplicáveis a todo o código, derivadas diretamente da Constituição, servindo de diretriz para uma melhor compreensão e interpretação do texto legal, além de promover uma aplicação mais adequada dos procedimentos, remédios e incidentes regulados pelo diploma normativo. (DIDIER JR, 2017, p. 3)

Marco Antônio Rodrigues (2016, p. 373) destaca o papel simbólico do art. 3º, ao asseverar que são normas fundamentais não apenas o acesso ao Judiciário, mas também o uso da arbitragem e dos meios consensuais de solução de controvérsias, podendo se inferir que o legislador enumerou as todas possibilidades de soluções de conflitos no mesmo artigo com o fito de demonstrar sua igual dignidade enquanto mecanismos de pacificação social. Disso resulta que a pacificação social não está a depender apenas do Poder Judiciário, podendo ser obtida pelos jurisdicionados de outras formas, por vezes mais rápidas e mais econômicas, com destaque para a autocomposição.

Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva, Walsir Edson Rodrigues e Moisés Mileib de Oliveira (2017, p. 695) destacam, em referência ao art. 3º do CPC, que esse dispositivo concebe “uma possibilidade de triagem de casos (*screening process*) a partir da noção de gerenciamento de litígios (não de processos) ou *case management*”.

Por *case management* deve-se entender a ideia de que os litígios, especialmente dentro de um quadro de diversidade de tipos e graus de complexidade, merecem ser

demonstrável pela hiper judicialização dos conflitos. Mesmo daqueles que ordinariamente, em outros sistemas, são resolvidos pela ingerência das próprias partes (solução diática) pela autocomposição”.

⁴² “As normas que o novo Código de Processo Civil adota como fundamentais, não são, na maioria, novidades no direito brasileiro, já que decorrem diretamente das garantias explicitadas na própria Constituição, ou que nelas se compreendem, implicitamente. Sua inserção no texto do Código de Processo Civil tem o duplo propósito de: (i) fazer a amarração pedagógica entre a lei processual e sua matriz constitucional, levando o intérprete e aplicador a se afeiçoar a uma leitura das normas procedimentais segundo os princípios maiores e as dominam e as explicam; e de (ii) ressaltar que, ao Estado Democrático de Direito, “não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas”; pois que dele se exige, também, “a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Daí a necessidade de uma interpretação jurídica a ser praticada a luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais que, dentre outras consequências, moldam um novo conceito de jurisdição. (THEODORO JR, 2016, p. 19).

geridos e direcionados (*screening process*) à via processual adequada para sua resolução de forma satisfativa, otimizando todo o fluxo processual.

Sobre o *case management*, Didier (2015, p.9) acrescenta que embora o CPC se direcione precipuamente a regular a solução jurisdicional do conflito, o legislador anuncia, com o art. 3º, que o objetivo deve ser buscar a melhor e mais adequada solução do conflito, o que não necessariamente decorre da decisão judicial. A introdução de um capítulo inteiramente dedicado à mediação e à conciliação dentro do *Codex* (arts. 165 a 175, CPC), demonstra a necessidade de adoção das soluções alternativas de resolução de conflitos como forma de garantir uma tutela efetiva, tempestiva e adequada dentro do novo dimensionamento da garantia constitucional de acesso à justiça. Essa constatação de que as medidas consensuais podem e devem ser estimuladas dentro do próprio ambiente processual, opção feita pelo legislador, serve de amparo para mais uma vez afastar a crítica de que as soluções consensuais de controvérsias vieram para substituir o Judiciário, que são a panaceia, pois mesmo quando inseridas dentro do contexto processual podem ser grandes auxiliadoras no desfecho célere e satisfativo do conflito.

O parágrafo 3º do art. 3º do CPC, expressamente prevê que a mediação e a conciliação não serão os únicos métodos de solução consensual de conflitos a serem utilizados por nosso ordenamento. O legislador ao elencar um rol não exaustivo de métodos conciliatórios, possibilitou um estímulo ainda maior às soluções consensuais, uma vez que há outras técnicas advindas de outros ordenamentos, principalmente do sistema norte-americano, como a *collaborative law*⁴³(uma espécie de mediação sem mediador), que, à vista do rol não exaustivo estabelecido pelo legislador, poderão vir a integrar nosso ordenamento, possibilitando uma gama de opções cada vez maior aos jurisdicionados.

Essas considerações põem a claro que os conflitos, no nosso ordenamento jurídico, podem ser resolvidos por dois meios: de forma impositiva ou pela autocomposição. Fala-se em forma impositiva quando um terceiro resolve a lide, como um juiz ou árbitro (denomina-se método heterocompositivo) e há autocomposição quando a questão é

⁴³ O termo *collaborative law* representa, do ponto de vista estrutural, uma “mediação sem mediador”. O mecanismo pretende também suprir uma lacuna de meios de solução de conflitos e permitir uma alternativa de um procedimento pré-processual para a solução amistosa de conflitos sem a presidência ou ajuda de uma figura central. “ (CABRAL; CUNHA, 2017, p. 716)

resolvida pelas próprias partes, ainda que intermediada por um terceiro sem poder decisório (método autocompositivo).

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 174), “a jurisdição é um método heterocompositivo, na medida em que o juiz, terceiro imparcial, resolve o conflito existente entre as partes”. O exercício da jurisdição tem por fundamento a soberania estatal e sua legitimidade está diretamente ligada à Constituição, especialmente à observância dos direitos fundamentais materiais e processuais⁴⁴.

O segundo método heterocompositivo é a arbitragem, mencionado pelo art. 3º, § 1º do CPC. Esta forma de composição é específica e tem sua atuação principalmente em áreas onde a demanda sob análise priorize a expertise (por ex. petróleo e afins), conhecimento este que o Poder Judiciário não possui, acarretando, nestes casos, uma instrução probatória mais abrangente pela necessidade de prova pericial demorada, o que por vezes, pode gerar nas partes um receio de que a decisão prolatada seja injusta, especialmente em decorrência da falta de conhecimento técnico especializado do magistrado para a apreciação do caso.

Esta modalidade, em muitas ocasiões, é a primeira opção para empresas com sede em outros países, já acostumadas com a solução dos litígios por esta técnica, bem como pelo fato de deterem, por meio da arbitragem, o poder de escolha do árbitro que vai decidir a causa, sendo considerados como atrativos ainda o tempo para a resolução da contenda, mais célere que o judicial, e o dever de confidencialidade de que se reveste o ato, principalmente em áreas onde o segredo industrial se mostre relevante, o que acaba por conferir uma maior segurança àquele que contrata.

O instituto da arbitragem possui regramento jurídico anterior ao CPC/15, regulamentado pela Lei nº 9.317/1996 (posteriormente alterada pela Lei nº 13.129/15),

⁴⁴ Insta mencionar ainda a existência de discussão no seio jurídico sobre a possibilidade de a jurisdição também ser exercida por meio de arbitragem. No presente trabalho adotar-se-á a posição dos Autores mencionados.

lei que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF no julgamento do recurso SE-AgRg 5.206/EP.

O Código de Processo Civil enumera a mediação e a conciliação (art. 3º, III) como métodos autocompositivos. A doutrina, por sua vez, adota uma conceituação diferente da do código para a classificação, conferindo ao vocábulo “conciliação” um sinônimo acordo, autocomposição, referindo-se ao meio de findar um litígio. Segundo Bedê Júnior (2017, p. 432), quando se utiliza o termo “conciliação” em disputas estão os doutrinadores se referindo “a métodos que buscam simplesmente alcançar um acordo entre as partes com relação ao objeto do conflito” e não à técnica de conciliação prevista no Código a partir do art. 165 do CPC/15. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p.181) “a autocomposição pode ocorrer de forma *espontânea* (transação, reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito) ou de forma *estimulada* (conciliação e mediação)”.

A mediação e a conciliação no Código de Processo Civil de 2015 foram técnicas adotadas tanto na seara endoprocessual (p.ex. art. 334, art. 90, §§ 3º e 4º, 139, V e 932, I, entre outros) quanto na extraprocessual, regulamentadas por meio dos artigos. 165 a 175 do novo diploma.

A mediação e a conciliação possuem vários pontos em comum. O objetivo tanto do mediador quanto do conciliador sempre será contribuir para que seja alcançada a autocomposição, resolvendo o conflito. As semelhanças entre a mediação e a conciliação podem ser observadas, inclusive, nos princípios que regem os dois métodos. O art. 166, caput e §§1º e 4º, do Código de Processo Civil de 2015 não distingue os princípios informadores de ambos, levando em consideração que a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada são princípios a serem observados nas duas técnicas. Ademais, tanto a mediação quanto a conciliação podem e devem ser estimuladas em qualquer momento processual, não apenas na audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, CPC/15), inclusive durante a audiência de instrução e julgamento, conforme dispõe o art. 359, do *Codex* (“instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”).

O CPC/15 no art.165, §§ 2º e 3º⁴⁵ distingue as figuras do conciliador e do mediador basicamente por dois critérios objetivos: tipo de litígio e nível de envolvimento do terceiro no caso⁴⁶. A legislação estipula como premissa para a conciliação que é mais proveitosa a obtenção de um acordo entre as partes interessadas do que entregar a solução da demanda a um terceiro estranho à lide com poder decisório. O conciliador propõe soluções, elenca pontos positivos e contrários ao direito alegado pelas partes, conduzindo a negociação de forma direta. Trata-se de técnica mais indicada em conflitos pontuais e novos onde a relação entre as partes é transitória.

Já a mediação parte do pressuposto da existência de uma terceira pessoa que conduz a negociação de forma mais incisiva que na conciliação, sem, contudo, decidir a questão. Na mediação as partes são instigadas a contribuírem mais para a solução do conflito, a fim de que o acordo dali resultante possa ter um efeito mais duradouro. É mais utilizada naquelas situações em que é necessária a preservação das relações entre os contendores. A mediação possui Lei própria, a Lei nº 13.140/15, ainda que se verifiquem, nesse diploma legal, comandos normativos que se dirijam especificamente à conciliação.

Na visão de Almeida, Pantoja e Andrade (2015, p.37) a principal diferença entre a mediação e a conciliação é que aquele não tem a competência para oferecer acordos, devendo buscar e respeitar os interesses das partes, além da adequação ao caso proposto. Na mediação se busca permitir que as próprias partes entabulem uma solução, eis que a relação entre elas será preservada, assim, quanto maior a sensação de poder decisório experimentada pelas partes, maior será a probabilidade

⁴⁵ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁴⁶ Humberto Dalla Bernadina de Pinha e Trícia Navarro Xavier Cabral apontam a seguinte diferença entre as funções de mediador e conciliador: “ (...) o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem por si mesmas, alternativas de benefícios mútuos. A conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos em que não há vínculo anterior entre as partes, ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseja preservar ou restaurar vínculos. (2015, p.9)

de a solução acordada ser mantida. Na conciliação, ao revés, como se trata de uma relação pontual, que não necessariamente demanda envolvimento futuro, o conciliador pode assumir uma postura de maior ingerência, buscando apontar alternativas para a solução do impasse de forma mais incisiva, sem que essa atitude interfira no efetivo cumprimento do acordo

Guerrero (2015, p. 29), nesse contexto, dispõe que a mediação é um processo no qual o terceiro atua como facilitador das negociações entre duas ou mais partes para que elas, por si mesmas, proponham o acordo. Alude o Autor à definição dada por Fernanda Tartuce no sentido de que a mediação e a conciliação são duas técnicas de autocomposição, sendo a conciliação aquela na qual o conciliador, terceiro imparcial, se insere mais no contexto do conflito, ressaltando os pontos fracos e fortes de cada parte, sugerindo meios para a efetivação do consenso. Já na mediação, o terceiro imparcial auxiliará as partes a no conhecimento das questões que envolvam a contenda a fim de que, as partes negociem por elas mesmas, ampliando o canal de comunicação.

3.2.3 Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015)

A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), posterior ao CPC/2015, procedimentaliza de forma mais exaustiva as técnicas da mediação e da conciliação, ambas já encampadas pelo CPC/15 no art. 3º. A lei, apesar de nominalmente reger a técnica da mediação, também contém regramentos que se aplicam à conciliação, em especial quanto à Administração Pública. O art. 1º da lei, inclusive, é expresso nesse sentido ao determinar sua aplicação tanto entre particulares quanto em relações envolvendo a Fazenda Pública.

A mediação e a conciliação já haviam sido tratadas no Código de Processo Civil de 2015, tanto judicial quanto extrajudicialmente, vindo a Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação) a aprofundar sua regulamentação, tendo por intuito difundir os institutos e incentivar os jurisdicionados à adoção das soluções consensuais de resolução de controvérsia. Ao regulamentar os institutos, em conjunto com as previsões contidas no Código de Processo Civil sobre o tema, o legislador almejou conferir maior segurança aos cidadãos na opção por esta via, principalmente para aqueles que enxergam na decisão judicial como único caminho.

Dentro do estudo da mediação e da conciliação deve-se observar ainda, especialmente em razão da proximidade entre a publicação da lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, e a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), que ambas, apesar de versarem sobre o mesmo tema, em verdade, são normas complementares e compatíveis entre si, pelo que devem ser interpretadas sistematicamente. Saliente-se que em sua essência ambos os diplomas normativos repetem as mesmas premissas, o que, já de antemão, sinaliza a compatibilidade entre elas, especialmente no tocante aos objetivos pretendidos com as técnicas.

Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p.470) elenca os principais pontos tratados por ambas as legislações, a saber: a incidência e o conceito de mediação, a escolha do mediador e os princípios informadores, o objeto da mediação e a atividade dos mediadores, do impedimento e suspeição de mediador, da impossibilidade do exercício da mediação, do tratamento dos mediadores e diferenças em relação ao procedimento.

Tais pontos, em verdade, não se referem efetivamente a incompatibilidades entre as leis, como já apontado, no sentido de existência de regramentos antagônicos, o que inviabilizaria a coexistência entre eles. Em verdade, tratam-se de diferenças conciliáveis e em muitos pontos se verifica, em verdade, a complementariedade entre as legislações, a exemplo dos princípios regentes da matéria. Ambas as leis elencam os princípios da imparcialidade, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade e da confidencialidade, enquanto que a Lei da Mediação traz ainda os princípios da isonomia, da busca pelo consenso e da boa-fé, e o CPC/15, os da independência e o da decisão informada. Nota-se, nesse exemplo, que as legislações se complementam, eis que nenhum destes princípios são incompatíveis entre si.

O importante a ser ressaltado neste ponto é que a Lei da Mediação, o Código de Processo Civil e a Resolução nº 125/2010 do CNJ, portanto, se complementam, tendo por objetivo a implementação e o destaque à efetiva utilização das soluções consensuais de controvérsias no âmbito do Direito Brasileiro.

3.3 O MICROSSISTEMA BRASILEIRO DAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONTROVÉRSIAS

Desde a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que trata da Política Nacional de Conciliação, o estímulo à consensualidade vem sendo destacado como importante instrumento de resolução de conflitos. Tal ato normativo foi seguido da publicação do CPC/15, e pela edição da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), em vigor em dezembro de 2015, que também versaram sobre as soluções adequadas de conflitos em nosso ordenamento jurídico. A necessidade de compatibilização de todos esses regramentos fez com que se passasse a defender a existência de um verdadeiro microssistema consensual, solidificando, no Direito Brasileiro, a importância destes métodos.

Para uma melhor compreensão acerca do tema necessário se faz perquirir do que são constituídos os microssistemas e qual a justificativa para sua existência. Rodrigo Mazzei (2011, p.245), explica que, diante da multiplicidade de relações jurídicas desencadeadas pela nova estrutura mundial do pós-guerra, com a intensificação de movimentos sociais, a quantidade de leis especiais criadas pelo Estado cresceu de forma considerável, com o intuito de tentar reequilibrar o quadro social que não mais encontrava suporte na estrutura jurídica estanque das codificações. A rápida evolução econômica e social, então, deu azo a novos conflitos, que não podiam ficar à margem do direito, exigindo regulamentação imediata pelo Poder Público, em suas próprias palavras:

Com o passar do tempo, a intensificação da atividade legislativa não foi detida, especialmente com a evolução das relações transindividuais, ultrassubjetivas, relações essas que não possuíam o mínimo espaço dentro da codificação civil existente, ainda baseada no individualismo da Era Liberal. Fez-se necessária, portanto, a edição de leis especiais que não se limitam apenas à complementação das regras gerais impostas no Código, mas, sim, regulam plenamente setores da sociedade não abarcados pela codificação. (MAZZEI, 2011)

Foram editadas, assim, leis especiais que tratam de matérias ainda não reguladas pelos Códigos, e que não se resumem a disciplinar apenas alguns aspectos relevantes para os quais foram editadas, mas criam verdadeiros microssistemas paralelos aos sistemas codificados que com estes se relaciona. A típica rigidez das

codificações foi a mola propulsora do surgimento dos microssistemas, estes destinados a regular com maior dinamismo as novas relações sociais.

Questão que se coloca, diante dessa perspectiva de que os microssistemas vieram para conferir dinamismo à regulamentação das relações sociais em face da rigidez das codificações, é a possibilidade de um microssistema ser composto não só por leis extravagantes, mas se há possibilidade de se incluir legislação codificada em sua composição, como é o caso do microssistema consensual (CPC/2015).

Mazzei (2011, p.246) discorre sobre o tema ao aduzir que os códigos atuais não mais possuem a pretensão de regular totalmente determinado tema, como faziam os códigos oitocentistas. Assim, hodiernamente, a legislação extravagante, ao revés de se tornar elemento que destitui o Código de importância ao revogá-lo, com ele se comunica, ajudando a efetivamente mantê-lo em utilização no ordenamento. Essa modificação na estrutura dos Códigos, ou seja, a mitigação da pretensão de regulação total, com a adoção de conceitos pré-determinados, surgiu da necessidade de adequar o diploma normativo a uma sociedade plural e complexa, em constante modificação, criando uma “abertura cognitiva do sistema em relação ao ambiente”. Para o Autor, em suas próprias palavras (MAZZEI, 2011, p. 270):

“O Código nesse contexto, funciona como ponte entre a Constituição e os microssistemas, à medida que dá densidade às normas constitucionais e permite o fluxo dessas aos microssistemas. No que tange aos microssistemas, a codificação funcionará como norma de abastecimento, fornecendo o repositório necessário para as questões não tratadas na legislação especial”.

Dessa forma nada impede que uma legislação devidamente codificada também possa integrar um microssistema, mormente em se tratando de um código recente que referenciou o tema de forma compatível com a legislação extravagante (CPC/15 X Lei da Mediação). Pela leitura das leis em comento se percebe que em muitos pontos elas se complementam ou até mesmo possuem temas em comum que foram tratados em um dos diplomas normativos de forma mais exaustiva. Esses sinais de complementariedade, em verdade, reforçam a necessidade de comunicação entre as leis e ratificam a defesa da existência do microssistema. Madureira, em aulas proferidas no Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito

Santo, dispôs que neste aspecto, o CPC/15 se apresenta como um dos componentes do microssistema, de modo que sua aplicação não será subsidiária, mas direta, embora necessite ser harmonizada com a Lei nº 13.140/15 e a Resolução nº 125 do CNJ.

Nessa ordem de ideias, é possível identificar o microssistema das leis que regulam as soluções consensuais de controvérsias, composto pelo CPC/15, pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e pela Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação)⁴⁹.

Assumindo a ideia de que o microssistema visa regular as relações sociais com maior rapidez, a fim de tutelar, com maior efetividade, as garantias previstas na CF/88, defende-se também a convergência do microssistema consensual em direção aos ditames constitucionais, porque a ideia de microssistema é a que melhor atende o princípio do acesso à justiça, já que preserva a coexistência de várias normas que buscam ampliar e garantir esse direito. Ademais, a defesa da existência do microssistema consensual tem a função de conferir segurança jurídica ao ordenamento, eis que defende a conjugação de todos os regramentos acerca da matéria, compatibilizando-os, permitindo assim, seja dada uma resposta adequada e dinâmica à complexidade crescente das relações sociais, bem como uma regulamentação mais completa das soluções consensuais⁵⁰.

⁴⁹ Sobre o tema, cite-se Trícia Navarro Xavier Cabral (2016) “A Lei nº. 13.105/15 que instituiu o novo Código de Processo Civil estabeleceu como uma de suas premissas o incentivo ao uso de formas não adjudicatórias de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Em seguida foi promulgada a Lei n. 13.129/15, que alterou a Lei n. 9.307/96 e aperfeiçoou o uso da arbitragem. Posteriormente, foi publicada a Lei nº 13.140/15 que trata da mediação nas esferas pública e privada, formando, assim, um microssistema de meios adequados de solução de controvérsias.

Registre-se que o CNJ, por meio da Resolução 125, desde 2010 já chamava para o Poder Judiciário a responsabilidade de incrementar as atividades de conciliação e mediação como mecanismos legítimos de resolução de controvérsias, tanto as pré-processuais como as judicializadas. E recentemente, em 08 de março de 2016, foi publicada a Emenda 2 que alterou e acrescentou artigos e Anexos à Resolução 125/10, compatibilizando o referido ato normativo às novas legislações.

Esse aparato legal deu um contorno contemporâneo ao acesso à justiça, disponibilizando amplas formas de ingressar no Poder Judiciário, e diferentes maneiras de se sair dele, com o uso da técnica que melhor atender às particularidades do conflito. Trata-se do modelo de Justiça Multiportas, que permite que os litígios sejam resolvidos por mecanismos que não se resumem à sentença adjudicada”.

⁵⁰ Marcato (2017, p. 137), sobre o tema, defende: “Dito isso – e considerando que não houve revogação expressa de qualquer dos diplomas legais pelo outro e que as suas estruturas de princípios e diretrizes são similares – faz todo sentido a interpretação que prevê a utilização do diálogo das fontes diante da aparente antinomia dos dispositivos no CPC/15 e da lei de mediação. Em outras palavras, as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, sendo plausível reconhecer a viabilidade de “subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação”, devendo o intérprete, em caso de

A defesa da existência de um microssistema consensual também se mostra relevante na medida em que a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15), posterior ao Código de Processo Civil, fez surgir, na comunidade jurídica, o questionamento acerca da revogação ou não dos dispositivos do CPC sobre a mediação e conciliação.

As diferenças de regramento entre as leis não se revelam incompatíveis a ponto de demandarem a revogação do texto codificado, anterior à lei especial. Em verdade, eles se mostram em muitos pontos complementares e/ou permitem uma análise sistêmica das técnicas da mediação e da conciliação. Tal alegação pode ser corroborada pela edição da Emenda nº 02/2016, que alterou o texto da Resolução 125/2010 do CNJ, após a edição das Leis da mediação e do CPC/15, em razão da necessidade de adequar a atuação do Poder Judiciário a ambas as leis que consolidam o tema das soluções consensuais no país, se referindo tanto à Lei de Mediação quanto ao Novo Código de Processo Civil, em conjunto.

Contudo, ainda que se defenda o microssistema, é possível que antinomias reais entre as legislações possam ser verificadas no plano concreto, motivo pelo qual se torna importante relacionar uma possível solução para a situação.

Quanto ao conflito de leis no tempo, Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 469) aduz que, em havendo contradição aparente de normas, deve prevalecer a interpretação que compatibiliza os institutos, de forma que as legislações possam se comunicar. Entretanto, em casos de antinomias reais, devem ser utilizados recursos hermenêuticos a fim de trespassar o conflito. Para a Autora o ordenamento dispõe de princípios que elucidam as antinomias e determinam a norma que irá prevalecer (hierarquia, cronológico e especialidade), e no caso da mediação, deve prevalecer o princípio da especialidade, posto que a edição da Lei nº 13.140/2015 é posterior ao CPC/15.

Assim, caso seja verificada, no plano concreto, a existência de conflito entre o instituído na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e o CPC/15, e não seja possível a interpretação sistêmica e a coexistência das leis (microssistema), devem ser utilizadas as técnicas usuais para os casos de conflitos de leis no tempo para a resolução do

dúvida quanto às normas, “conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação”.

impasse. Nestes casos, o disposto na Lei da Mediação deverá prevalecer naquilo que incompatível, em razão do princípio da especialidade (*lex generalis derogat lex specialis*).

Quanto ao direito intertemporal, questão também levantada por Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 482), é especificamente direcionada à existência de possíveis conflitos entre a Lei da Mediação e o CPC/15. Para a Autora a Lei da Mediação, embora possua conteúdo eminentemente material, possui em seu corpo disposições de cunho exclusivamente processual, a exemplo dos artigos 27 a 29 que tratam do procedimento judicial da mediação, o que tornaria a situação ainda mais peculiar. Isso porque embora a Lei da Mediação seja posterior ao CPC/15, as normas de cunho processual apenas devem ser aplicadas após a vigência do CPC/15, a fim de se evitar conflitos procedimentais. Dessa forma, considerando que não se trataria de antinomia real, não se deve se optar pela utilização dos critérios da especialidade ou o cronológico, mas o momento da vigência do CPC/15, a fim de que o sistema tenha coerência. Essa posição, reflete mais uma vez, a necessidade de uma interpretação sistêmica dos diplomas normativos referentes à matéria, reforçando a existência de um microssistema para tratar das soluções autocompositivas.

4. A AUTOCOMPOSIÇÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

Neste capítulo será tratado o papel da Administração Pública na contenção da litigiosidade, especialmente por meio da autocomposição, bem como as modalidades e técnicas que por ela podem ser utilizadas para atingir seu propósito.

A Administração Pública possui uma intrínseca relação com toda a coletividade e, por esse motivo, está em um dos polos (ativo ou passivo, especialmente o passivo), de grande parte das ações judiciais em curso, constituindo um dos maiores litigantes habituais do país⁵¹, até mesmo por sua condição de provedor de direitos e garantias constitucionais.

O acesso facilitado à justiça, os direitos e garantias constitucionais abrangentes, bem como a contínua opção dos administrados pela via judicial *prima facie*, sem sequer formular requerimento administrativo prévio⁵²(seja por descrença na efetivação de seus direitos pela via administrativa, seja pela busca açodada por uma decisão judicial, salvo exceções justificadas), demonstra a necessidade de estimular a “desjudicialização” dos conflitos envolvendo a Administração, de forma a conter o ativismo judicial e, por consequência, a litigiosidade. (FACCI, 2016, p. 383).

Barroso (2009, p.16) aponta, sobre o tema do ativismo judicial decorrente da judicialização das políticas públicas, que “o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário”. O magistrado, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a denominada microjustiça.

⁵¹ Maurício Cardoso⁵¹, analisando dados fornecidos pelo CNJ referentes ao ano de 2014, atesta: “o grande litigante do país é o poder público. O levantamento do CNJ mostra que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem a matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal.”

⁵² O ingresso em juízo sem o prévio requerimento administrativo, bem como a fluência do prazo legalmente previsto para resposta, salvo exceções que comportem o deferimento de tutela de urgência nos termos do art. 300 do CPC, caracteriza falta de interesse de agir do administrado por falta de pretensão resistida, pelo que deve a ação ser extinta sem a resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Isso porque ele nem sempre possui informações ou muitas vezes conhecimento para dimensionar o impacto de determinadas decisões, “proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”⁵³. “Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”.

O Poder Público, enquanto parte na relação jurídica, também deve exercer seu papel para a contenção da litigiosidade, especialmente por contribuir de forma incisiva para o engessamento do Poder Judiciário, devido ao grande número de processos em que ostenta a condição de Demandante e/ou Demandado⁵⁴. Facci (2016, p. 382) dispõe ser “notório que o Estado figura, hoje, como o maior litigante do país. Esse fenômeno resulta, em grande parte, da crescente judicialização das questões administrativas e da intransigência do Estado em juízo”. Maurício Cardoso⁵⁵, analisando dados fornecidos pelo CNJ referentes ao ano de 2014, atesta:

“[...] o grande litigante do país é o poder público. O levantamento do CNJ mostra que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem a matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal.”

Nesse contexto, o Estado, atuando conforme o direito, contribuiria para evitar essa judicialização excessiva das políticas públicas, e, por consequência, influenciaria tanto a contenção da litigiosidade, quanto no fornecimento de tratamento isonômico aos cidadãos. Por representar os direitos da coletividade, deve o Estado obediência ao ordenamento jurídico vigente, possuindo como função o pioneirismo na busca pela correção das antijuridicidades constatadas em seu seio, posto que sua atuação está

⁵³ Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. (BARROSO, 2008, P.17)

⁵⁴ Madureira (2015, p.32), sobre o tema, dispõe: “Luciane Moessa de Souza leciona que “qualquer estudo sério sobre os entraves ao acesso à justiça no Brasil depara-se com a constatação de que o obstáculo mais criticado é a morosidade”. Esse obstáculo, por sua vez, “encontra-se ligado, entre outros fatores, ao grande número de feitos levados ao Judiciário”, isto é, ao problema da litigiosidade. Mas o que mais impressiona quando se enfoca essa questão é a constatação de que o Poder Público é, de longe, o litigante mais frequente em juízo”. Essa constatação empírica fez com que Kazuo Watanabe reconhecesse no Estado brasileiro “um grande gerador de conflitos”. O processualista destaca, a propósito, que parte considerável das várias demandas que diariamente afluem ao Poder Judiciário apresenta num dos polos, principalmente no polo passivo, na condição de réu, o Estado, ou uma de suas emanações (autarquias, empresas públicas, ou sociedades de economia mista) ”.

⁵⁵ <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em 10/08/2017.

vinculada ao cumprimento do interesse público⁵⁶. Sobre o tema, Luciane Moessa defende:

Como fonte praticamente exclusiva da emanção de normas jurídicas de cunho geral, o Estado deveria ser o primeiro a dar o exemplo no seu cumprimento. Além de contribuir para reduzir a morosidade do Judiciário, essa nova postura contribuiria também para despertar uma maior confiabilidade nas instituições oficiais, instaurando um clima tão propício seja para o desenvolvimento em sentido meramente económico, seja para o desenvolvimento de uma sociedade em sentido amplo. (SOUZA, 2009. P.167).

Ricardo Marcondes Martins aduz, tendo em vista tais preceitos, que a Administração Pública só deve litigar “quando estiver convicta de que a pretensão do administrado não é agasalhada pelo direito”. Assim, se a Administração Pública não puder defender a juridicidade de sua tese defensiva, não deve ela litigar, deve, desde logo corrigir a ilicitude administrativa” (MARTINS, 2008, p. 89).

Madureira (2015, p. 33) debruçando-se sobre o tema defende que o Estado é visto como garantidor da política de uma sociedade, e, em razão dessa responsabilidade, se submete a estar no polo ativo ou passivo de diversos litígios judiciais, contribuindo para o excesso de litigiosidade e para a morosidade da justiça. Parte dessa judicIALIZAÇÃO ocorre devido ao fato de que “comumente se supõe que competiria aos servidores públicos, em vista do conteúdo da indisponibilidade do serviço do interesse público, a defesa incondicional do erário”, ainda que o ato concreto seja antijurídico, o que não se pode admitir.

Diante do ambiente de estímulo à consensualidade trazido pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), pela Resolução CNJ nº 125/2010 e pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), e, demonstrada a importância do papel do Poder Público na contenção da litigiosidade, a atuação do advogado público se torna relevante, especialmente no tocante à utilização da autocomposição para a correta aplicação do direito.

⁵⁶ Interesse público no sentido de “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de os serem**”, conceito conferido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 61) e adotado no presente trabalho.

Aos advogados, e neste âmbito estão incluídos os advogados públicos⁵⁷ (art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906/1994), é vedado postular contra o direito. Madureira (2017, p.219) afirma que o dever de não postular contra o direito decorre de previsão contida no próprio Código de Processo Civil⁵⁸ (art. 77, II), que veda às partes e a seus procuradores, formular posições jurídicas sabidamente contrárias à legislação pátria. Elenca o Autor, ainda, como fundamentos, não somente o Código de Processo Civil, mas também o art. 133⁵⁹ da Constituição Federal e o art. 34, incisos VI, XVII e XIV, do Estatuto da Advocacia⁶⁰ (Lei nº 8.906/1994). Portanto, em tendo conhecimento prévio de que a pretensão formulada pela parte representada não encontra amparo legal, deve o advogado orientar que não se ultime o litígio. Di Pietro (1996, p.11), sobre o tema, enfatiza:

“Na medida em que os conflitos de interesses têm de ser levados ao Judiciário, necessariamente por meio de advogado, a ele cabe a tarefa de lutar pela correta aplicação do Direito, seja por parte de particulares, seja pelos Poderes instituídos”

Em relação aos advogados públicos, a obrigação de não postular contra o direito encontra ainda mais fundamento, além dos já elencados, em razão dos princípios administrativos que regem sua atuação, em especial a legalidade, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público (Madureira, 2017, p. 232).

⁵⁷ Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

⁵⁸ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)I - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

⁵⁹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

⁶⁰ Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

(...)

XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa;

(...)

XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

Portanto, é preciso que a Fazenda Pública, nesse contexto, pautar sua atuação pela correta aplicação do direito, estimulando a efetiva adesão às soluções consensuais de controvérsias e contribuindo para a contenção da litigiosidade, cumprindo, desta forma, o dever de eficiência e legalidade que lhe foi imposto pelo art. 37 da Constituição Federal.

4.1 CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E SUA REPRESENTAÇÃO PELA ADVOCACIA PÚBLICA

A expressão Fazenda Pública geralmente é designada para se referir à área da Administração Pública responsável pelas finanças e implementação de políticas econômicas (CUNHA, 2016, p. 5).

Contudo, seu uso frequente por todas as áreas da Administração quando em juízo, tornou o sentido da expressão mais abrangente, passando a representar o Estado em juízo, o Poder Público em juízo ou ainda pessoa jurídica de direito público em juízo (CUNHA, 2016, p. 5), mesmo que não se trate de causa financeira e/ou fiscal.

A expressão é utilizada para designar a atuação em juízo da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, de suas autarquias e fundações públicas⁶¹. Deve-se ainda incluir no rol de pessoas jurídicas de direito público as agências (Lei nº 9.694/98, art. 51)⁶², sejam elas executivas ou reguladoras (ex: ANATEL, ANEEL, ANAC, ANTAC, entre outras), às quais o legislador atribuiu a natureza jurídica de autarquias

⁶¹ “A organização da Administração Pública, no Brasil, segue as linhas tracejadas pelo Decreto-lei 200/1967, de cujos dispositivos se extrai a divisão da Administração em direta e indireta. Integram a Administração direta os órgãos componentes dos entes federativos, a saber: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A par de tais pessoas jurídicas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades administrativas, que compõem a Administração indireta: são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e sociedades de economia mista. Essas 2 (duas) últimas - empresas públicas e sociedades de economia mista- revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública”. (CUNHA, 2016, p. 6)

⁶² No mesmo sentido, Marco Antônio Rodrigues (2016, p.2).

especiais – pessoas jurídicas de direito público destinadas a desempenhar a atividade pública. (CUNHA, 2016, p. 7)

A definição do conceito de Fazenda Pública se mostra importante para se delimitar os sujeitos a que se refere o presente estudo, bem como a abrangência do impacto na contenção da litigiosidade sobre o problema da morosidade da justiça promovida pela adoção das soluções consensuais de controvérsias nos conflitos envolvendo a Administração.

Definido o conceito de Fazenda Pública cabe perquirir a quem cabe sua defesa judicial e extrajudicial, e quem, portanto, seria competente para estimular e efetivar as medidas consensuais de solução de controvérsias ora defendidas.

A CF/88 estabeleceu em seus arts. 131 e 132⁶³ que compete aos procuradores que compõem a Advocacia Geral da União (AGU), a defesa judicial e extrajudicial da União, bem como aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas⁶⁴. Leila Cuéllar e Carlos Alberto Bertolini de Pinho (2016, p. 64) destacam o papel de destaque conferido à Advocacia Pública na defesa do ente público e do “interesse coletivo”.

⁶³ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶⁴ Madureira (2015, p.195) defende que apesar de não constar no texto constitucional de que os Municípios, guardadas as suas especificidades (extensão territorial, escassez de disponibilidades financeiras, entre outros), devem sim constituir Procuradorias Municipais, nos moldes semelhantes às esferas federal e estadual, construindo-se por procuradores detentores de cargos efetivos.

Cunha aduz ser a Fazenda Pública representada judicialmente por seus procuradores e “uma vez investido no cargo ou função, o procurador público adquire a representação (leia-se apresentação) da Fazenda Pública, estando incluídos nessa apresentação os poderes gerais para o foro”. Os procuradores públicos, são advogados regularmente inscritos na OAB, e, portanto, dotados de capacidade postulatória. (CUNHA, 2017, p. 11).

No mesmo sentido temos o art. 75 do CPC/15, dispondo que a Fazenda Pública é representada em juízo por seus procuradores, salvo algumas exceções, como a previsão contida no art. 75, III,⁶⁵ do CPC, quanto à representação do Município pelo próprio Prefeito⁶⁶ - por meio de profissional habilitado para tanto, decerto - especialmente em razão das peculiaridades deste ente federativo, como a organização administrativa e a dotação orçamentária diminuta para a instituição de procuradorias municipais.

O CPC/15 reservou um capítulo à Advocacia Pública, o que não se verificava no CPC/73, conforme se infere dos artigos 182 a 184⁶⁷, os quais preveem que incumbe aos advogados públicos a defesa e promoção dos interesses públicos da União, dos

⁶⁵ Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;

II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;

III - o Município, por seu prefeito ou procurador;

IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar;

(...)

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias.

⁶⁶ Sobre o tema Cunha aduz que “em princípio, a representação do Município em juízo é atribuída ao prefeito. Tal representação somente se fará por procurador se a lei local criar esse cargo, com função expressa de representação do ente político”. Assim, onde não existir o cargo de procurador, deverá o prefeito receber a citação, o qual deverá contratar advogado habilitado para exercer a defesa judicial. (CUNHA, 2017, p. 17)

⁶⁷ Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos bem como das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta. Em razão do contido nos artigos 131 e 132 da CF/88 e do art. 182 do CPC/15, e, tendo em vista o dever de interpretação do Código de 2015 sob a perspectiva constitucional (art. 1º)⁶⁸, temos que a Advocacia Pública deve atuar de forma a conferir a maior efetividade possível aos direitos e garantias fundamentais, tanto os relativos ao processo quanto aos protegidos por meio deste, promovendo assim o Estado Democrático de Direito determinado pela Constituição. (RODRIGUES, 2016, p. 16)

A criação do capítulo destinado à Fazenda Pública no CPC/2015 ressalta que a atuação dos advogados públicos deve também observar as cláusulas gerais processuais, dever que se poderia depreender da própria CF/88, já que as normas fundamentais, em verdade, reproduzem os ditames constitucionais, especialmente no tocante aos princípios da razoável duração do processo, do acesso à justiça, da boa-fé processual e da cooperação (artigos 3º, 4º, 5º e 6º)⁶⁹.

O CPC/15 prevê também o princípio da isonomia em seu art. 7º e que segundo Cunha (2016, p. 28) assegura a “paridade de armas”, no sentido de igualdade formal e equilíbrio processual (igualdade material), possibilitando o contraditório pelas partes em igualdade de condições. O art. 139, I, do CPC/15 determina ao juiz seja garantido o tratamento isonômico às partes. No caso da Fazenda Pública, em razão do interesse em discussão, qual seja, o interesse público (na acepção de promoção do bem comum), deve-se viabilizar o exercício desta defesa da forma mais ampla possível,

⁶⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁶⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

evitando-se condenações desarrazoadas que ocasionem prejuízos ao erário, e, por conseguinte, a toda a coletividade.

Diante de todo o arcabouço legislativo onde restam elencadas as atribuições da Advocacia Pública, Madureira (2015, p. 94) defende que os advogados públicos, no exercício regular de suas funções, exercem três atividades. As atividades de consultoria jurídica e de contencioso judicial, de acordo com o texto constitucional acima citado e, ainda, uma terceira, qual seja, o controle interno da juridicidade do agir administrativo.⁷⁰ Tal função consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública⁷¹, atividade fiscalizatória interna, restrita a questões jurídicas, essa última em suas próprias palavras:

Nesse campo, a incidência da legalidade administrativa (aqui compreendida num sentido amplo, como juridicidade, de modo a também abarcar o cumprimento das regras e princípios insculpidos no texto constitucional), somada à imposição do regime jurídico-administrativo a que a Administração Pública e seus agentes preordenem-se à realização do interesse público (o que pressupõe, sob acepção teórica adotada neste trabalho, uma correta aplicação do direito), conferem aos advogados públicos o controle interno da juridicidade do agir administrativo. (MADUREIRA, 2015, p. 105).

Sobre o tema Madureira aduz ainda que os agentes públicos devem cultivar em suas atividades cotidianas a correta aplicação do direito, mesmo quando dela puder resultar uma aparente contradição entre os interesses públicos tutelados, no caso, o conflito entre os interesses primários e secundários da Administração⁷². Para o Autor estes interesses secundários não podem ser considerados legítima expressão do interesse

⁷⁰ Para Madureira “Na esfera administrativa, a atividade de consultoria jurídica destina-se a orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do direito”. Nesta competência seriam os advogados chamados a se manifestar em processos administrativos instaurados para a prática de atos cuja realização dependa de prévia manifestação jurídica, como análise de minutas de editais de licitação, contratos, acordos convênios, entre outros atos administrativos. Já no contencioso judicial, os advogados atuam como “partícipes da atividade cognitiva, desenvolvida pela comunidade de intérpretes no campo da aplicação do direito”. O objetivo seria então “convencer o Poder Judiciário de que as posturas defendidas pela Administração Pública encontram amparo no ordenamento jurídico-positivo”. (MADUREIRA, 2015, p. 95-101).

⁷¹ Da importância do princípio da legalidade no regime jurídico administrativo deriva a vinculação dos agentes estatais em geral e dos advogados públicos ao irrestrito cumprimento do direito. Assim, cabe aos agentes estatais, em suas atividades diárias, a correta aplicação do direito, mesmo quando, no caso concreto, puder resultar em contrariedade a interesses transitoriamente defendidos pela administração. (MADUREIRA, 2017, p. 239)

⁷² Para os que distinguem interesses primários e secundários, nem sempre o interesse público é um interesse do Estado. Interesses públicos primários são os interesses do bem geral, interesses do todo, do conjunto social. Interesses públicos secundários são interesses individuais ou particulares do Estado, que podem coincidir com os interesses públicos primários, merecendo defesa. Os interesses públicos secundários são também ditos como o modo pelo qual a Administração vê os interesses públicos. (GUEDES, 2009. p. 250)

público, constituindo somente interesses particulares do Estado, e por isto, instrumentais à realização dos interesses primários. A Advocacia Pública, neste contexto, deve perseguir a realização do interesse público primário, de modo a assegurar aos cidadãos os direitos que lhes foram conferidos pelo ordenamento jurídico. (MADUREIRA, 2015, p.38)

No mesmo sentido Leila Cuéllar e Carlos Alberto Bertolini de Pinho (2016, p. 70) atestam restar evidente ter a Constituição atribuído à Advocacia Pública a defesa do ente público, não só por meio da atuação na seara consultiva e judicial, mas também no controle de legalidade dos procedimentos administrativos, garantindo, assim, aos cidadãos, que a Administração irá cumprir os deveres instituídos constitucionalmente, ressaltando, no entanto, que tal controle se limita à regularidade dos atos e não sua aprovação.

Essa obrigação destinada aos advogados públicos de agir conforme o direito gera, inclusive, um dever de *pró-atividade* no *iter* processual, de forma a minimizar os efeitos da litigiosidade. Para Di Pitetro “Não há dúvida de que é imoral o procedimento da Administração Pública quando ela sabe que vai perder a ação judicial mas insiste no prosseguimento do processo” (1996. p. 24)⁷³.

4.2 POSSIBILIDADE E IMPERIOSIDADE DE QUE SE ESTABELEÇA A AUTOCOMPOSIÇÃO EM PROCESSOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

Devendo agir no controle da legalidade e na defesa do ordenamento jurídico devem os advogados públicos pautar sua atuação de acordo com os princípios da eficiência, da impessoalidade, legalidade e isonomia (art. 37 da Carta Magna), e, enquanto agente público também lutar pela solução pacífica dos conflitos conforme determina o preâmbulo da CF/88.

⁷³ No mesmo sentido: “Essa má-fé caracteriza desvio de poder (hoje inserido entre os atos de improbidade administrativa, conforme artigo 11, da Lei nº 8.429, 2.6.92), porque a Administração insiste em causas perdidas com o objetivo de retardar o pagamento das importâncias a que será certamente condenada. [...]” (DI PIETRO, 1996. p. 24).

Nesse contexto, a busca pela autocomposição assume destacada importância.

O poder-dever de a Fazenda Pública firmar acordos encontra fundamento, primeiramente, na Constituição da República, em seu preâmbulo, o qual estabelece que o Estado Brasileiro destina-se a buscar a solução pacífica das controvérsias. Essa busca pela pacificação social, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, deve ser perseguida por todos os jurisdicionados, com destaque para a Fazenda Pública, uma vez que ela representa os anseios da sociedade e deve assegurar a realização dos ditames constitucionais.

A solução consensual de controvérsias, na medida em que permite, além da contenção da litigiosidade, uma melhor forma de resolução de vários conflitos, observadas suas características no caso concreto, possibilita ainda um resultado mais duradouro do acordo firmado, em razão de seu viés participativo, representando a autocomposição uma das formas de instrumentalizar o objetivo de pacificação social prevista no preâmbulo da Carta Magna.

A solução consensual de conflitos também atende a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), esta entendida como a solução efetiva, adequada e tempestiva do conflito, inclusive para a própria Administração Pública, também albergada pelas garantias constitucionais. (THEODORO JR, 2016, P. 22)

Por fim, indispensável citar ainda o art. 37 da Constituição Federal que positiva o princípio da eficiência, delegando ao Estado o poder-dever de solucionar seus conflitos com o menor custo, menor tempo e maior efetividade, ou seja, buscando sempre a solução mais adequada para a obtenção de uma decisão justa, célere e satisfativa. José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 9) esclarece que o princípio da eficiência pretendeu conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração e estabelecer obrigações claras aos prestadores. Ressalta, ainda, que o princípio não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente a toda coletividade, mas também aos serviços prestados no âmbito administrativo pelas pessoas federativas. Carvalho Filho (2005, p.9) destaca ainda, de igual modo, que o princípio da eficiência “estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito”.

Também o CPC/2015, em seu art. 3º, § 2º, cláusula geral processual, ressalta o princípio democrático insculpido na Constituição, espelhando o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Continuando com a premissa de estímulo às soluções consensuais, em especial no tocante à Fazenda Pública, o artigo 174⁷⁴ do mesmo diploma normativo demonstra a opção do legislador pela efetivação dos métodos alternativos de resolução de controvérsias pela Administração Pública, ao estabelecer que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Diante da opção expressa do legislador, resta evidente o dever de busca pela solução consensual dos conflitos também pela Administração Pública.

Conforme bem pontuado por Marcelo Veiga Franco (2016, p.414), o artigo 174 do novo CPC/15 vai ao encontro do conceito contemporâneo de Administração Pública, privilegiando e estimulando “a antecipação, prevenção, gestão e resolução de conflitos por meios extrajudiciais, nas hipóteses em que seja possível e recomendável diante das peculiaridades do caso concreto” e também para melhor atendimento do interesse público primário⁷⁵. A institucionalização de uma política estatal de adoção

⁷⁴ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁷⁵ Quanto a à divisão do interesse público em primário e secundário, divisão propagada por Renato Alessi com amparo em Carnelutti, temos que tal denominação encontrou amparo em nosso ordenamento com Celso Antônio Bandeira de Mello para quem: “ (...) o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tato quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois, (sob o prisma extrajurídico), os interesses de qualquer outro sujeito. (...) o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o seja, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo

das soluções consensuais fora da esfera judicial incrementa a realização de ideais democráticos de proteção não apenas dos interesses da Administração Pública, mas também dos direitos dos próprios administrados.

Di Pietro vai mais além e alega ofensa ao princípio da moralidade administrativa, também insculpido no art. 37 da Constituição Federal, caso não se impeça a litigiosidade desarrazoada aduzindo que “não há dúvida de que é imoral o procedimento da Administração Pública quando ela sabe que vai perder a ação judicial mas insiste no prosseguimento do processo” (DI PIETRO, 1996. p. 24). Aduz ainda:

A má-fé é agravada pela sucessão de recursos meramente protelatórios, com o evidente intuito de retardar o pagamento. Esse procedimento constitui desrespeito à moralidade administrativa, ao administrado, ao Poder Judiciário, que tem que ficar repetindo a mesma decisão por vezes sucessivas, isto sem falar no volume de processos iguais que hoje atravancam a Justiça.

A par disto, temos ainda a edição da Lei nº 13.140/2015, que apesar de posterior à edição do CPC/15, é com ele compatível, fazendo parte do denominado microsistema consensual de resolução de controvérsias. Tal diploma normativo também prevê o estímulo à utilização das soluções autocompositivas pela Fazenda Pública ao dispor sobre a mediação e a conciliação envolvendo os entes federados, especialmente no art. 1ª, ao dispor que a lei regula a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Apesar da lei se referir à mediação, no caso do Poder Público, a opção da legislação, retratada nos arts. 32⁷⁶ a 40, foi instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação, e também a conciliação, são espécies.

óbvio, de conhecimento geral. Este descrímen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.” (MELLO, 2010, P. 65-66)

⁷⁶ Em conformidade com o art. 32 da Lei nº 13.140/2015:

“[...] a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

Além de implantar as câmaras de prevenção de conflito, o regulamento a ser expedido por cada federado estabelecerá seu modo de composição e funcionamento (art. 32, § 1º) e os critérios de submissão do conflito às mesmas, conforme casos previstos, esse de adesão facultativa (art. 32, § 1º). Outra previsão contida na Lei é obrigatoriedade de reduzir a termo o acordo formado consensualmente entre as partes e a determinação de que este acordo constituirá título executivo extrajudicial. (art. 32, §3º). Esta última medida é importante para definir a natureza e os efeitos do acordo entabulado nas soluções consensuais. O diploma normativo traz ainda a previsão de que podem ser solucionados, pela via consensual, conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares (art. 32, §5º).

Assim, considerando que a lei autorizou o exercício de competência ampla para a Administração em matéria de métodos autocompositivos, o exercício desta competência deve se dar de forma adequada, diferenciando-se os tipos de conflitos a serem tratados, por meio do *case management*⁷⁷, optando-se pela via mais satisfativa ao conflito.

No âmbito federal podemos destacar, ainda, a existência de previsão, no art. 4º⁷⁹ da Lei Complementar 73/93⁸⁰, para realização de autocomposição nos conflitos

⁷⁷ Por *case managment*, ou gerenciamento de processos, deve-se entender o caminho pelo qual se analisa o conflito posto, de modo a decidir “qual processo é o mais apropriado em um sistema multiportas” para resolver o litígio, conforme sua natureza. (GUERRERO, 2015, p. 67)

⁷⁹ Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;

⁸⁰ No âmbito da PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, tendo em vista a possibilidade de delegação contida na LC 73/93, foi editada a Portaria PGFN nº 502/2016, onde restaram definidos os critérios para composição do litígio a serem utilizados pelos procuradores da fazenda em sua atuação contenciosa, da seguinte forma:

“Art. 1º os Procuradores da Fazenda Nacional atuarão com independência, observada a juridicidade, racionalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, uniformidade e a defesa do patrimônio público, da justiça fiscal, da segurança jurídica e das políticas públicas, bem como nos termos e limites estabelecidos pela Constituição Federal, pela legislação e pelas normas institucionais, inclusive orientações, notas e pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN. Parágrafo único: O disposto no *caput* não exclui eventual responsabilidade do Procurador da Fazenda Nacional pelos atos e omissões que praticar, observada a legislação de regência”. No art. 2º da referida Portaria estão dispostos os casos em que está dispensada a apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, interposição de recursos, bem como recomendada a desistência dos já interpostos em várias situações, citando, a título exemplificativo: Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União, Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado ou não pelo Ministro da

envolvendo a Fazenda Pública. Esse diploma legal confere ao Advogado Geral da União a possibilidade de firmar acordo, transigir, firmar compromisso e desistir nas ações de interesse da União, apenas exigindo lei que regulamentasse tal possibilidade, normatização essa encartada na Lei nº 9.469/97⁸¹.

A Lei nº 9.469/97(alterada pela Lei nº. 13.140/2015), possibilitou a delegação da competência do Advogado-Geral, para "autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio" (art. 1º, *caput*), bem como estendeu o referido direito aos dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto. Por questões de segurança, o §4º do art. 1º prevê que quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o *caput*.

Tal medida visa garantir a ausência de prejuízo nas transações que envolvam valores considerados pelo Poder Público como elevados, evitando-se contudo, estabelecer em lei o valor a ser observado. Tal dispositivo em aberto tem a finalidade de conferir à Lei uma maior durabilidade, posto que conceitos abstratos que delegam à atos normativos inferiores o estabelecimento de parâmetros, têm por objetivo permitir uma maior adaptabilidade das leis às necessidades sociais em razão, principalmente, da situação econômica do país.

Fazenda, tema sobre o qual exista súmula vinculante, de súmula do STF em matéria constitucional, ou de súmula dos Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, tema sobre o qual exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou dos Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, entre outras hipóteses.

⁸¹ Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Desta forma, temos que a possibilidade, na verdade o poder-dever de composição pelo Poder Público quando no trato com particulares ou entre seus próprios órgãos, quando se vislumbrar que o ato impugnado é contrário ao direito ou a situação não é vantajosa economicamente ao Estado, não só existe, como deve ser estimulado, inclusive em respeito aos princípios democrático, da eficiência e do acesso à justiça⁸².

4.3 MODALIDADES DE AUTOCOMPOSIÇÃO APLICÁVEIS À FAZENDA PÚBLICA: COMPOSIÇÃO DO LITÍGIO E TRANSAÇÃO

Diante das opções disponíveis para a Administração Pública aplicar as soluções consensuais em suas relações com os administrados, e, diante do dever de cumprimento do direito que deve nortear o agir administrativo, depreende-se que o Estado deve corrigir seus erros de interpretação do direito tão logo tenha conhecimento dos mesmos, em obediência ao princípio democrático e em razão dos interesses da sociedade que está a representar. Dessa forma se garante o respeito à efetividade, à moralidade e à eficiência que devem nortear a Administração Pública, nos termos do art. 37 da CF/88.

Não se pode admitir, em relação à Advocacia Pública, a postura outrora observada de alguns procuradores no sentido de postergar ao máximo a duração do conflito, sem resolvê-lo na esfera administrativa quando poderia tê-lo solucionado antes da discussão judicial. Tal postura, já ultrapassada, acaba por sobrecarregar o Judiciário, resultando em um processo moroso e custoso aos cofres públicos e também à

⁸² Luciane Moessa de Souza aduz que os três grandes fundamentos constitucionais para adoção das soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública seja na esfera administrativa, seja na judicial são o princípio do acesso à justiça: “que exige a disponibilização de métodos adequados (sob aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial”. Ademais elenca também o princípio da eficiência que “demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas”. Por fim, também, menciona o princípio democrático, insculpido no art. 1º da CF/88, o qual decorre de o “Estado não ser um fim em si mesmo e reclama, portanto, que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema. (SOUZA, 2015, p. 209)

sociedade, em razão da litigiosidade excessiva. Neste sentido preconiza Madureira (2015, p. 331):

“Disso decorre que, mesmo em sua atividade contenciosa, os advogados públicos não podem se furtar a procurar corrigir equívocos na aplicação do direito pela Administração Pública. Nesse campo, quando se verifica, na prática, a realização de um ato não autorizado pelo ordenamento-jurídico-positivo, a manifestação da Advocacia Pública pela adoção desses mecanismos impõe-se por uma *questão de legalidade*, por uma *questão de moralidade*, e por uma *questão de eficiência*”.

Definida a postura que se espera de um advogado público, imperioso se mostra demonstrar quais são os mecanismos postos à sua disposição para a correta aplicação do direito em juízo por meio da autocomposição. Madureira (2015, p. 319) enumera as seguintes modalidades: a) a composição do litígio por meio de: i) dispensa de apresentação de defesa, que poderá englobar o reconhecimento da procedência do pedido, ii) autorização para desistência das ações propostas e/ou para renúncia do direito em que se funda o litígio, iii) a dispensa de apresentação de recursos, bem como a desistência de outros por ventura interpostos e; b) a transação.

A composição do litígio é modalidade de autocomposição que independe de autorização legislativa específica, eis que decorre diretamente da CF/88 em observância aos princípios constitucionais da legalidade estrita, da supremacia do interesse público e dos dispositivos que conferem à Advocacia Pública o controle interno da juridicidade do agir administrativo (MADUREIRA, 2015, p. 311). Assim, ainda que não haja autorização expressa para a adoção de uma das vias para a utilização das convenções processuais, nada obsta que os procuradores, sejam eles, federais, estaduais ou municipais, solicitem autorização de seus superiores hierárquicos para a adoção da medida⁸³.

A dispensa da apresentação de defesa e autorização para reconhecimento da procedência do pedido se verifica quando o ato impugnado nega fruição a direitos

⁸³ No mesmo sentido, dispõe Eduardo Talamini (2017, p.283): “É por isso que, mesmo com um processo em curso, permanece a possibilidade de o ente público reconhecer sua falta de razão e pôr fim ao litígio. Mais do que possibilidade, a Administração tem o dever de agir assim. O agente público tem o dever de agir dessa forma pelas mesmas razões que lhe impunham proceder assim fora e antes do processo: atendimento do interesse público primário, o respeito à legalidade e à moralidade administrativa. A esses fundamentos, acrescenta-se outro: cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial.”

subjetivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico-positivo (MADUREIRA, 2015, p. 319).

A autorização para desistência da ação tem lugar quando se verifica que a ação proposta pelo Poder Público está fundada em fato contrário ao direito, após a sua propositura, tratando-se de ato unilateral, sujeita à concordância do Réu, se verificada após a citação (art. 485, §4º do CPC/15). Já a renúncia se verifica nas hipóteses em que inexistente o direito subjetivo material deduzido na ação (MADUREIRA, 2015, p. 321).

A desistência de apresentação de recursos e autorização para a desistência de recursos já interpostos se constata nas hipóteses em que o pedido da parte adversa ou sua resistência à pretensão do Poder Público somente se tornam contrária ao direito no curso da ação judicial, após a apresentação da defesa.

A composição do litígio por meio das convenções processuais, por independender de autorização específica, é modalidade de autocomposição que deve ser estimulada pela Administração, mormente diante das decisões vinculantes proferidas pelos Tribunais (recursos repetitivos, súmulas vinculantes, entre outras hipóteses) e que podem encerrar o litígio de forma célere e satisfativa e de segura adoção pelos procuradores em razão de seu caráter de normatividade.

A segunda modalidade disponível aos advogados públicos para dispor sobre interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público é a transação.

A transação se verifica quando o litígio é encerrado por concessões mútuas das partes, nos termos do art. 840⁸⁷ do Código Civil. É modalidade de autocomposição basicamente fundamentada na conveniência, na ideia de que a demanda “não vale a pena” sob o aspecto financeiro, e que, portanto, ainda que se pudesse tirar algum proveito daquela ação judicial, ela não se mostra suficientemente vantajosa a fundamentar, racionalmente, a continuidade do litígio. A própria lei prevê a

⁸⁷ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

possibilidade de transação pelo Poder Público (no âmbito federal, Lei nº 9.469/97), inclusive em matéria tributária (arts. 156, III⁸⁸ e 171⁸⁹ do CTN).

No caso da transação, entretanto, Madureira (2017b, p. 191) deixa claro que para esta modalidade, ao contrário da composição do litígio, só poderá haver autocomposição se houver lei expressamente autorizando a negociação, pois a discussão não se fundaria em erro jurídico, de reconhecimento obrigatório aos advogados públicos. Na transação não se constata ofensa aos princípios da legalidade estrita, da supremacia do interesse público e dos dispositivos que conferem à Advocacia Pública o controle interno da juridicidade do agir administrativo, não se aplicando, portanto, a autorização genérica conferida pela CF/88.

Exemplo de transação autorizada por lei no âmbito federal é a previsão contida no § único do art. 10 da Lei nº 10.259/01⁹⁰.

Há ainda de se fazer uma ressalva quanto ao objeto da transação que envolve o Poder Público. Talamini (2017, p.276) explicita que há atividades e bens públicos que, em razão de imprescindibilidade, são irrenunciáveis e não podem ser alienados, ou seja, “no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição”. Contudo, essa afirmação comporta gradações. Há bens e atividades que, em razão de sua absoluta essência pública, não podem ser alienados, ainda que mediante renúncias recíprocas e autorização legal (ex: disposição de parte do território nacional). Já em outras situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outros princípios constitucionais podem justificar, que, por meio de autorização legal, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível (ex: a remissão e anistia dos créditos fiscais). No

⁸⁸ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

III - a transação;

⁸⁹ Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

⁹⁰ Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

mesmo sentido da existência de uma gradação para o objeto da transação aduz Ravi Peixoto (2016, p. 3) existir a seguinte classificação:

“a) indisponibilidade absoluta (irrenunciável, insuscetível de transação e de persecução processual obrigatória); b) indisponibilidade relativa (irrenunciável, suscetível de transação, mas de persecução processual obrigatória); c) disponibilidade limitada (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa)”.

Independente da classificação ou da gradação, o que interessa é que há sim direitos transacionáveis pela Administração Pública, ainda que indisponíveis⁹¹, a exemplo, no âmbito administrativo, dos acordos em contratos administrativos (arts. 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do CADE (art. 86, da Lei 12.529/2011), dentre outros. (PEIXOTO, 2016, p. 4)

Luciane Moessa (2012, p. 179) ressalta o fato de que, diferentemente do caso de composição realizada por reconhecimento do pedido, total ou parcial, e, acrescentando-se a estas hipóteses a desistência e/ou renúncia sobre direito em que se fundamenta a pretensão (convenções processuais), constatada a legitimidade jurídica do que se postula, onde é imperativo tal reconhecimento pela Fazenda Pública, não há que se falar em transação.

Neste caso, em que o particular tem comprovado seu direito, não há que se falar em possibilidade de concessões mútuas, não havendo espaço para a modalidade, sob pena de afronta inclusive ao princípio da moralidade (art. 37 da CF/88), eis que o Estado estaria prejudicando deliberadamente aquele que deveria tutelar⁹².

Diante das possibilidades aventadas, a verificação, de plano, que o direito do jurisdicionado é albergado pelo direito pátrio, enseja a não apresentação de defesa, devendo o processo ser extinto com julgamento do mérito. Com resolução do mérito porque, nos termos do art. 487, III do CPC/15, a decisão que homologar o

⁹¹ Nesse sentido, ainda, confira-se Luciane Moessa (2012, p. 170): “Em primeiro lugar, cumpre esclarecer, uma vez mais, que não existe identificação entre “disponibilidade” e “transigibilidade”. (...) Em matéria de bens e interesses públicos, portanto, a indisponibilidade é a regra, muito embora também possa ocorrer a disponibilidade, até mesmo em sentido de renúncia, com relação a bens e direitos de natureza patrimonial, como já visto – o que ocorre, por exemplo, na esfera tributária, mediante a concessão de isenção e mecanismos equivalentes”.

⁹² Neste mesmo sentido entende Cláudio Madureira (2015, p. 331)

reconhecimento da procedência do pedido, a transação e a renúncia à pretensão formulada, extingue definitivamente o litígio.

Já a autorização para desistência das ações propostas e/ou para renúncia do direito em que se funda o litígio tem fundamento semelhante, no sentido de que não é admitido ao advogado público postular contra o direito, devendo neste caso buscar autorização para desistência da demanda. Todavia, como a extinção por desistência extingue o processo sem julgamento mérito (art. 485, VIII do CPC), nos casos em que a Advocacia Pública verificar a inexistência do direito subjetivo material deduzido na ação, deve postular o procurador a renúncia ao direito, a fim de que haja a extinção com julgamento de mérito (art. 487, III, c, do CPC), impedindo a propositura de uma nova ação de mesmo objeto. A dispensa de apresentação de recursos, bem como a desistência de outros por ventura interpostos acontece quando verificadas uma das duas situações anteriores, em que a providência não foi adotada no momento inicial, deixando assim de tumultuar o feito com recursos protelatórios, contribuindo a advocacia pública neste e em todos os outros casos citados, de maneira direta, para a contenção da litigiosidade. (Madureira, 2015, p. 319-324).

Ressalte-se que ideia a ser estimulada, dentro da nova acepção de acesso à justiça, nos casos em que a Fazenda Pública ocupa o polo passivo da demanda, é a ausência de condenação em honorários advocatícios caso a Administração Pública se utilize de qualquer destes instrumentos, a exemplo do que dispõe o art. 19, §1º, I⁹³, da Lei

⁹³ Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda;

III - (VETADO).

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

nº 10.522/2002 (destinado à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) como forma de priorizar a autocomposição pelos procuradores, especialmente em razão da extirpação de nosso ordenamento do art. 20, § 4º do CPC/73 que admitia a condenação da Fazenda Pública por equidade e, na maioria das vezes, em valores módicos.

Tal dispositivo foi substituído pelo art. 85 (em especial os §3º e seguintes) do CPC/15 que determinam critérios objetivos para tal condenação, em percentuais a serem aplicados sobre o valor da causa, quase sempre elevados quando se verifica estar a Administração Pública no polo passivo do litígio. Essa característica peculiar, aumenta a necessidade do estudo detido do litígio de modo a adotar a medida mais racional para a extinção do mesmo, evitando-se prejuízos financeiros em aporte maiores do que o necessário. Nesses casos, além da contenção da litigiosidade, em razão da composição do litígio, tem-se ainda atendido o princípio da eficiência, eis que impede um dispêndio desnecessário por parte do erário para o pagamento das verbas sucumbenciais, minimizando os prejuízos a serem suportados pelo Estado.

A fim de efetivamente garantir que a atuação contenciosa dos advogados públicos seja pautada pelo estímulo à composição tanto nas modalidades de convenções processuais, quanto na modalidade de transação, o CPC/2015 instituiu no art. 184 que o membro da Advocacia Pública somente será responsabilizado por sua atuação no exercício de suas funções quando agir com dolo ou fraude, excluindo especificamente aos advogados públicos a responsabilidade também por culpa, prevista de forma genérica aos agentes públicos no art. 37, §6º da CF/88. A opção legislativa terá como efeito prático permitir que o procurador se sinta albergado judicialmente para adotar as soluções consensuais de controvérsias, tornando-se garantia indispensável ao sucesso dos métodos autocompositivos pela Administração Pública.

Assim, embora a CF/88 estabeleça a responsabilidade civil geral dos servidores públicos, com esboço no art. 37, §6º da CF/88⁹⁴, de forma subjetiva (nos casos de

⁹⁴ Art. 37

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

dolo ou culpa), o legislador infraconstitucional optou por conferir responsabilidade civil diferenciada aos advogados públicos, dispondo que eles apenas responderão subjetiva e regressivamente em casos de dolo ou fraude.

Marco Antônio Rodrigues defende ainda que, “em nome do princípio fundamental da igualdade, a presente regra não pode ser aplicada apenas à atividade dos advogados públicos no processo civil, mas sim a todas as suas funções”, abrangendo também a atividade consultiva e o controle interno dos atos da Administração (RODRIGUES, 2015, p.32). Entender de modo diverso corresponderia a imputar diferentes níveis de responsabilidade a um mesmo ocupante de cargo público, o que não se pode admitir por contrariar a razoabilidade⁹⁵. Na esfera federal tal garantia de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude dos advogados públicos foi ratificada pela Lei nº 13.327/2016, no artigo 38, §2º, que estabelece garantias aos ocupantes das carreiras jurídicas da União.⁹⁶

A opção pela autocomposição em casos envolvendo a Fazenda Pública, portanto, possui regramento dentro do ambiente judicial, conforme determinação contida no art. 3º, §3º do CPC/15⁹⁷ e no seu art. 139, V⁹⁸ do mesmo diploma, podendo ser realizada a qualquer tempo no curso da demanda.

⁹⁵ Neste sentido ainda aduzem Caio de Sá Dal'Col e Livia Dalla Bernardina Abreu para quem “(...) ao mesmo tempo em que foi conferida ao advogado público maior liberdade de atuação, de igual modo previu-se expressamente a possibilidade de sua responsabilização cível e regressivamente, nos casos em que agir com dolo ou fraude, ou a apuração de responsabilidade disciplinar, quando descumprir os deveres legalmente atribuídos às partes e seus procuradores, consoante a inteligência dos arts. 184 e 77, §6º, respectivamente”. (DAL'COL; ABREU, 2016, P. 72)

⁹⁶ Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

(...)

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

⁹⁷ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁹⁸ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

4.4 DOS MÉTODOS PARA A OBTENÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

As previsões legais no que concerne à autocomposição envolvendo a Fazenda Pública representam uma quebra de paradigma sobre a possibilidade de disputas que envolvam interesse público, trazendo benefícios para todos os partícipes. Tanto a Lei da Mediação quanto o CPC/15 regulam as técnicas da mediação e da conciliação. Saliente-se que apesar de a conciliação não estar prevista na Lei nº. 13.140/15, à exceção da conciliação no âmbito da Administração Pública, temos que pela comunicação estabelecida entre o CPC/15 e a Lei da Mediação, por meio do microsistema consensual, a conciliação é plenamente defensável, mesmo fora do ambiente processual.

No caso da mediação e conciliação judiciais, as disposições do CPC/15 (arts.165 a 175) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) também se aplicam à Administração Pública, ressalvados os limites impostos a estes entes contidos no art. 37 da Constituição Federal, como o dever de observância aos princípios da legalidade (necessidade de autorização legal, decorrente diretamente da CF/88, nos casos de composição do litígio, e lei específica, para a transação), da impessoalidade (isonomia) e da publicidade⁹⁹.

No âmbito administrativo a questão da autocomposição envolvendo a Fazenda Pública foi tratada no art. 174 do CPC/15, onde dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo,

⁹⁹ Neste sentido destaca Ravi Peixoto (2016, p.4): “A necessidade de autorização normativa para a realização de autocomposição pelos entes públicos decorre do princípio da legalidade (art. 37, CF (LGL\1988\3)), que, em relação ao poder público, tem como uma de suas decorrências, a exigência de que este só pode atuar na medida do que é autorizado por algum texto normativo. Essa autorização pode decorrer tanto diretamente da lei, como ser realizada por meio de ato normativo do Chefe do Poder Executivo regulamento o exercício da autocomposição pelo poder público. Além do mais, a edição de um ato normativo – público e com critérios para a realização da autocomposição – também é imprescindível para que se obedeça aos princípios da publicidade e, especialmente, da impessoalidade (art. 37, CF (LGL\1988\3)). É preciso que existam elementos de controle para a análise dos acordos realizados pelos entes públicos.²⁵ Inclusive, até como forma de permitir um controle adequado, tanto do ponto de vista interno como externo, os acordos realizados pelo poder público devem necessariamente ser fundamentados”.

elencando três hipóteses de cabimento.¹⁰⁰ Por esse dispositivo infere-se que a resolução do conflito, por meio de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, quando umas das partes for a Fazenda Pública, de regime opcional a cada ente de federação (critério de conveniência e oportunidade) em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, é estimulada pelo legislador.

Já no caso da Lei de Mediação, os métodos de autocomposição envolvendo a Fazenda Pública foram regulamentados por meio dos artigos de 32 a 40¹⁰¹.

As competências das câmaras de prevenção e resolução de conflitos, de acordo com o art. 32 da Lei de Mediação, se constituem em: a) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; b) II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição¹⁰², no caso de controvérsia entre

¹⁰⁰ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
 II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
 III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

¹⁰¹ Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
 II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
 III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

¹⁰² O termo composição, inserido no II do art. 32 da Lei. Nº 13.140/2015 trata-se de uma atecnia legislativa, uma vez que o certo seria o termo “autocomposição”, pois utilização apenas o vernáculo tal como na lei, poder-se-ia dar a entender que se trata tanto de auto quanto heterocomposição (arbitragem e jurisdição), o que não é claramente a *mens legis*, já que o próprio art. 1º da Lei dispõe a mesma se referir à autocomposição na administração pública.

particular e pessoa jurídica de direito público; c) III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. O § único do art. 33 ainda estabelece a possibilidade de a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

O art. 32, §1º, estabelece em atenção ao princípio federativo, que o modo de funcionamento e composição das câmaras será estabelecido em regulamentação a ser expedida por cada ente federado. Esse dispositivo acabou por conferir eficácia limitada ao art. 32, pois limitou sua efetivação à normatização posterior. Uma vez que os agentes públicos estão vinculados ao princípio da legalidade insculpido no art. 37 da CF/88, não haverá muita repercussão prática tal previsão, enquanto não criadas as regulamentações exigidas pela lei.

Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 480) aduz que a criação de órgãos especializados para a realização da mediação e/ou conciliação é medida indispensável para garantir a “padronização de procedimento e a capacitação dos indicados a atuar nessa espécie de resolução de conflito”, contribuindo para a uniformização de soluções e, por via, reflexa, garantirá a isonomia de tratamento entre os administrados que se encontrem na mesma situação.

Para Ravi Peixoto, no entanto, enquanto não houver a criação das câmaras não se pode vedar a autocomposição extrajudicial. O que se pode vislumbrar é uma espécie de coexistência de instâncias em que será possível a autocomposição. Deve ser construída uma interpretação que mantenha a ampla possibilidade de acordos e, ao mesmo tempo, respeite os limites semânticos da norma. Na realidade, a interpretação mais adequada para o texto normativo não parece ser o impedimento à utilização do “procedimento comum” da mediação, mas tão somente de permitir que, enquanto não criadas as câmaras, ele possa ser utilizado pelos entes públicos. Tal fato não significa que, após a instauração das câmaras, haja vedação à sua utilização. Ainda que se entendesse que o objetivo seria o de criar alguma vedação, ela seria um tanto quanto inócua. Afinal, aplicar-se-ia tão somente às disposições comuns do procedimento de mediação, por exemplo, a subseção II, que trata da mediação extrajudicial (art. 33). Parece-nos que a esse procedimento residual devem ser aplicados os demais

dispositivos que versem sobre a mediação, no caso, os arts. 21 a 23, caso seja extrajudicial e os arts. 24 a 29, em conjunto com a regulação do CPC, caso seja judicial. (PEIXOTO, 2016, p.10).

Luciane Moessa (2015, p. 222) destaca ainda o fato de que não há na lei previsão de que os membros destas câmaras sejam capacitados em resolução consensual de conflitos, conforme consta do art.165 e art. 167, §1º, ambos do CPC/15¹⁰³, nem mesmo a “previsão de que o acordo (ou “termo final de mediação”, como denomina a lei) deve necessariamente incluir a adequada fundamentação (fática e jurídica)”. A exposição das razões da autocomposição é de fundamental importância para fins de homologação do acordo, tanto para fins de controle interno (controle de legalidade), quanto externo (Tribunal de Contas), inclusive com a finalidade de conferir segurança jurídica às autoridades signatárias, exigência que decorre dos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade.

O art. 34 da lei dispõe que a instauração de procedimento administrativo suspende a prescrição. O § 1º do referido artigo, contudo, explicita que se considera instaurado o procedimento apenas quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade. Havendo o juízo positivo de admissibilidade, a suspensão da prescrição retroagirá à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito (art. 34, § 1.º). Este dispositivo é importante porque garante às partes que a opção para solução autocompositiva extrajudicial não obstaculizará seu acesso ao Poder Judiciário em caso de insucesso, por decorrência do prazo prescricional, evitando ainda o ajuizamento de ações judiciais enquanto ainda em curso o procedimento conciliatório. Peixoto (2016, p. 10) ressalta importante observação quanto ao tema em relação às hipóteses em que o juízo de admissibilidade seja negativo, uma vez que tal decisão, pelo texto legal, não teria aptidão para suspender a prescrição entre a data do pedido de resolução consensual e o momento em que não seja admitido. Tal questão merece destaque pois pode inviabilizar a opção pela via conciliatória administrativa nos casos em que o prazo prescricional não esteja no início, posto que as partes podem vir a perder o seu direito na espera por um juízo de admissibilidade. No caso de matérias tributárias, tal dispositivo não tem aplicação nos

¹⁰³ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

termos do § 2º do art. 34, pois a suspensão da prescrição é matéria reservada à Lei Complementar, no caso, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66).

Os artigos 35 a 40¹⁰⁴ da referida Lei tratam ainda, de modo específico, da autocomposição em âmbito administrativo na esfera federal. No ponto, merece

¹⁰⁴ Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e

destaque a instituição, pelo art. 35, da figura da transação por adesão, na qual o administrado pode aderir a uma minuta de acordo formulada pelo Poder Público, nos casos em que se verifique a existência de autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou exista parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, privilegiando assim os princípios da isonomia e da impessoalidade contidos no art. 37 da CF/88. Ravi Peixoto (2016)¹⁰⁶, analisando o dispositivo mencionado pontuou a questão de forma bem clara, no sentido de que se trata de uma forma de densificar o princípio da impessoalidade, aplicável à administração pública (art. 37, CF) e, ainda, conferir substrato ao princípio da igualdade, em seu sentido formal (art. 5.º, caput, CF). Afinal, não seria lícito que o ente público permitisse transação em um caso e, em outro semelhante, não o fizesse. Caso assim ocorresse, incorreria em um comportamento contraditório, vedado pelas normas que delimitam a atuação da Administração Pública.

A criação desse procedimento de transação por adesão facilita a aplicação do princípio da igualdade e da impessoalidade em face dos cidadãos, diminuindo a possibilidade de variações interpretativas por parte dos entes públicos. Por mais que seja plausível defender uma autovinculação administrativa que fosse criada em razão da quantidade de transações realizadas sobre um mesmo tema, com efeitos gerais, não é difícil imaginar variações na interpretação administrativa pela mera mudança nos cargos de um determinado ente público sem qualquer justificativa. Tal fato poderia acarretar um incidente que apenas iria dificultar e, por muitas vezes, impedir, a autocomposição. A bem da verdade, a criação de um procedimento por adesão e com aptidão para gerar maior segurança jurídica, garantindo um comportamento isonômico interessa tanto aos administrados, como à Administração Pública, uma vez que:

- a) evita disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes; b) reduz o risco de litígios acerca da aplicação

na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016) (Produção de efeito)

Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

¹⁰⁶ (PEIXOTO, 2016, p. 467 - 497)

da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória; c) acelera a capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas; d) antecipa decisões futuras em matérias de alta incerteza, facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração, ou a adesão de terceiros a políticas públicas.(PEIXOTO, 2016, p.11)

O art. 37, por sua vez, ao prever que os Estados, Municípios e o Distrito Federal, bem como suas respectivas autarquias e fundações, poderão submeter seus conflitos à Advocacia Geral da União. A opção da submissão do conflito à Câmara Federal, especialmente no tocante aos Estados e Municípios, é eletiva em decorrência de previsão legislativa, dispositivo que se encontra amparo no princípio federativo. Apenas vale perquirir acerca da utilização da utilização da Câmara pelos demais entes da Federação à exceção da União, eis que para tanto eles abdicariam de sua autonomia para se submeter à decisão de uma Câmara federal, tornando improvável, mas não impossível, a adoção desta opção por Estados e Municípios. Ressalte-se, por fim, que nessa hipótese é garantido aos demais entes que, por eleição, se submeteram à tentativa de autocomposição junto à Câmara federal, a utilização da via judicial em caso de insucesso na negociação em face da inafastabilidade da apreciação jurisdicional a lesão a direito (art. 5.º, XXXV, CF/88).

O art. 38, exclui da abrangência da lei as questões tributárias, que deverão ter regulamentação própria em razão de suas especificidades. Ressalte-se, todavia, que tal artigo não implica na impossibilidade de autocomposição em matéria tributária, eis que a previsão se encontra albergada pela legislação, a exemplo da previsão de extinção do crédito tributário pela transação, contida no art. 156 do CTN e pelo art. 171 do mesmo diploma legal, entre outros. No âmbito tributário, a autocomposição extrajudicial por meio da composição do litígio já é exercida junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF, art. 67, §3º e 12), órgão regulamentado pela Portaria MF nº 343/2015, com competência para julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Com relação à submissão de conflitos tributários entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal à Câmara federal, nota-se que tal opção

implicará em renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (art. 36 e 38, III, a).

Por fim, o art. 40 da Lei nº 13.140/15 prevê a responsabilidade dos servidores e empregados públicos, administrativa ou criminalmente, apenas nos casos de dolo ou fraude, reduzindo o âmbito constitucional de responsabilização dos servidores, pois, o art. 37, § 6.º, menciona a possibilidade de direito de regresso nos casos de dolo ou culpa. Trata-se de uma forma de proteger os servidores públicos que atuem nos procedimentos de autocomposição. (PEIXOTO, 2016, p. 15). No caso da Advocacia Pública, a responsabilidade apenas nos casos de dolo ou fraude foi estendida para todas as áreas de atuação dos procuradores, conforme no extrai do disposto no art. 184 do CPC, e, no caso da Advocacia Pública Federal, da previsão contida na Lei nº 13.327/15 no art. 38, §2º.

Tendo em vista a possibilidade de emprego das técnicas de conciliação e mediação na seara extraprocessual também com relação à Administração Pública, pelo menos no âmbito da União (art. 32 e ss. Da Lei nº 13.140/2015), tratada expressamente de forma mais exaustiva, imperioso tratar então acerca da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e sua compatibilidade com a Lei da Mediação e com o CPC/2015.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007 e tem sua estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, com a redação conferida pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Segundo Cambi e Vasconcelos (2016, p. 148), apesar de destacar o pioneirismo da AGU na instalação da Câmara, aponta algumas deficiências em seu funcionamento: “A CCAF tem potencial para expandir a sua atuação. A ampliação dessa atuação extrajudicial, contudo, é dificultada por vários setores, como a falta de estrutura adequada da instituição AGU (...), o engessamento da (pouca) autonomia conferida aos seus agentes, a visão da Advocacia Pública ainda como mera advocacia de governo (e não de Estado), e, principalmente, a compreensão desatualizada - desconstitucionalizada - do Direito Administrativo”. Apesar das críticas, imperioso ressaltar que diante da novel legislação apontada e do enaltecimento das soluções consensuais de controvérsias, a utilização da CCAF como meio para a autocomposição só tem a aumentar, subsidiando-a, para tanto, dos elementos necessários a seu pleno funcionamento.

O Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e seu art. 18¹⁰⁸ estabelece ser atribuição da Câmara, entre outras: a) dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; b) buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; e, c) promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório. Ainda quanto à competência da CCAF ressalte-se apenas que em relação à sua para fins de arbitragem, temos que a princípio essa não será possível quando estiverem envolvidos Estados ou Municípios na negociação, pois uma solução heterocompositiva no âmbito administrativo, poderia resultar também em ofensa ao Pacto Federativo.

Assim, diante da existência da CCAF em âmbito federal e, em razão do disposto nos artigos 174 do CPC/2015 e no art. 32 da Lei 13.140/2015, bem como tendo em vista o direito de acesso à justiça e os ditames do artigo 37 da Constituição Federal, em especial o da efetividade, celeridade e economicidade, pode-se considerar que a CCAF pode ter sua competência adequada para dirimir também, por autocomposição, não só os casos previstos no art. 18 do Decreto nº 7.392/2010, mas também a resolução de conflitos entre a Administração Pública e os administrados conforme previsão do art. 32 da lei da Mediação, sendo dispensável a criação de nova Câmara

¹⁰⁸ Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

de Conciliação e Mediação para tal finalidade. Em verdade, pode-se dizer que a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) veio conferir suporte normativo à CCAF, inclusive permitindo a ampliação de sua competência, a depender, no entanto, tal hipótese, de regulamentação.

Segundo Pedro Rodrigo Marques Schittini (2017, p. 355/356), os benefícios da opção pela submissão do conflito à CCAF são inúmeros, dentre os quais se pode destacar:

(i) a possibilidade de conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração, o que, por si só, aumenta a eficiência administrativa reduz custos decorrentes de litígios administrativos e judiciais, (ii) redução da litigiosidade entre os organismos da Administração Pública Federal, e (iii) a articulação de políticas públicas, uma vez que os órgãos envolvidos são instados a dialogarem e cooperarem entre si. (2017, p.356)

Assim, a CCAF além de tentar evitar a judicialização de novas demandas, promove a solução consensual para conflitos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses litígios, atuando diretamente na contenção da litigiosidade. A CCAF, ao promover a solução consensual dos conflitos exerce ainda a função constitucional de pacificar as controvérsias, promovendo a racionalização no dispêndio de recursos, os quais poderão ser investidos em políticas públicas pelos entes envolvidos.

Por fim, somente deve-se atentar para a ressalva apontada por Marco Antônio Rodrigues (2016, p.388), no sentido de que a submissão do litígio às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos termos do art. 32 da Lei. 13.140/2015, e, portanto, nos termos defendidos neste trabalho, aplicável também à CCAF, é facultativa, não podendo de forma alguma, compelir, a qualquer das partes envolvidas, a obrigatoriedade da opção pela via consensual e não jurisdicional, em decorrência da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

5. FUNDAMENTOS E LIMITES À AUTOCOMPOSIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA

Demonstrada a possibilidade de autocomposição pela Fazenda Pública tanto na seara processual quanto na extraprocessual, este capítulo tratará acerca dos fundamentos que amparam esta possibilidade, bem como os limites para o exercício deste poder-dever de compor, compatibilizando os regramentos das soluções consensuais de controvérsias aos princípios regentes da Administração Pública descritos no art. 37 da Constituição Federal.

5.1 FUNDAMENTOS

Os fundamentos para a composição pela Fazenda Pública remontam aos princípios regentes da Administração, quais sejam, a legalidade e a indisponibilidade e supremacia do interesse público, bem como a necessidade de compreensão do alcance que se deve conferir à necessidade autorização legal para a prática de atos pelo Poder Público.

5.1.1 Da Legalidade

O dever de observância à legalidade encontra previsão no art. 37 da CF/88 e é fruto da submissão do Estado ao ordenamento jurídico positivo como forma de conferir segurança aos cidadãos, tendo por finalidade coibir abusos por parte da Administração e garantir sejam respeitados os ditames constitucionais.

Para a correta compreensão da extensão do princípio da legalidade, imperiosa se mostra a distinção entre legalidade e legalidade estrita. A legalidade estrita consiste na exigência de que o Poder Público somente atue na medida do que lhe é autorizado por algum texto normativo (lei formal), enquanto que a legalidade apenas proíbe aquilo

que está previsto em lei (art. 5º, II, CF/88¹⁰⁹). A legalidade é o princípio que rege as relações entre particulares. Entretanto, ao lado da legalidade estrita, aplicada à Administração, há de se aplicar também um conceito mais amplo, que engloba não só a lei formal, mas o ordenamento vigente em sua totalidade.

Assim, em que pese a existência de um conceito mais restritivo de legalidade, no sentido de que dentro do regime jurídico-administrativo o agente público deve se ater somente ao determinado pelas leis administrativas, há uma acepção mais ampla de legalidade, no sentido de compatibilizar essas leis administrativas ao ordenamento jurídico como um todo, especialmente à Constituição. A essa acepção mais ampla da legalidade denominou-se juridicidade, vinculando-se a Administração e seus agentes não se somente à lei em sentido formal, “mas ao próprio direito considerado em sua integralidade”. (Madureira, 2015, p. 38).

Assim, para os advogados públicos, obediência ao princípio da legalidade é observar o cumprimento do direito, assim entendido não só como a lei em sentido formal, mas sim o dever de observância a todo o ordenamento jurídico. Tal posicionamento legitima a adoção das soluções consensuais de controvérsias, inclusive de forma impositiva, ainda que não exclusivamente (a exemplo da transação), quando verificado que o ato impugnado pelo administrado está albergado pelo ordenamento jurídico vigente. Madureira (2017b, p. 180) sobre o tema, aduz que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é relativa e admite prova em contrário, tanto na seara administrativa quanto na judicial. Os equívocos na aplicação do direito verificados devem ser retificados pela Advocacia Pública, tanto em sua atuação consultiva, por meio da autotutela, quanto na contenciosa, pela composição do litígio, quando estes observarem que o ato sobre o qual diferem as partes foi emanado de forma contrária ao direito, em razão da vinculação dos procuradores ao princípio da legalidade (no sentido de correta aplicação do Direito).

¹⁰⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O princípio da legalidade, inclusive, encontra-se interligado ao do interesse público. Em verdade, não é por outro motivo senão o interesse público que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade. Romeu Bacellar, nessa linha, dispõe ser possível afirmar que interesse público guarda correspondência, em um primeiro enfoque, com a juridicidade, isto é, a realização do interesse público estará garantido quando forem cumpridos os comandos emanados do ordenamento jurídico. Para o Autor ainda, “a observância da legalidade é curial para a consecução do interesse público, já que este deverá ser encontrado no conteúdo das leis que compõem o direito positivo” (BACELLAR FILHO, 2010. p. 95).

Por fim, pode-se dizer ser interesse público aquele que tenha sido instituído em lei com tal finalidade.

5.1.2 Interesse Público

Por muito tempo se defendeu que a postura protelatória de alguns advogados públicos estava albergada pelo princípio da indisponibilidade e pela supremacia do interesse público. Para a visão já superada do modo de atuação da advocacia pública, o correto era defender o ato administrativo, ainda que manifestamente contrário ao direito.

Essa visão não tem mais amparo. O que se verificava, em verdade, era uma interpretação literal e superficial dos referidos princípios, sob a ideia de que a coisa pública seria insuscetível de disposição. Em verdade, analisando-se a ótica do direito administrativo pelo prisma constitucional, atender o interesse público é, justamente, defender a presunção de correção do ordenamento jurídico e reconhecer, inclusive de ofício e/ou por meio das soluções consensuais de controvérsias, o direito dos administrados, se assim restar demonstrado¹¹⁰.

¹¹⁰ Primeiramente deve-se corretamente compreender o sentido do princípio da indisponibilidade do interesse público, no caso, como sendo o interesse primário na concepção Alessiana, devendo ser compreendido ainda como o dever de obediência ao ordenamento jurídico. Depois, há de se defender ainda que nem todo direito considerado indisponível é inviável de ser objeto de autocomposição. Nesse sentido, confira-se Ravi Peixoto (2016, p. 3): “Inicialmente, é preciso que seja desfeito o mito de que a indisponibilidade do interesse público teria aptidão para impedir a realização de acordos pelos entes

A premissa de que a indisponibilidade do interesse público em verdade garante a possibilidade da composição reside no fato de os interesses particulares do Estado (secundários) não podem se sobrepor sempre e sob qualquer hipótese aos interesses dos administrados, pois isto poderia acarretar uma “restrição autoritária de direitos fundamentais”, podendo gerar uma política autoritária de realização constitucional, onde os administrados jamais veriam seus pleitos albergados, pois o Estado estaria sempre certo, transformando em interesse público tudo o que lhe interessasse¹¹¹, o que não se pode admitir. (FACCI, 2016, p. 396)

Assim, nem todo interesse envolvendo o Estado é indisponível e não admite a composição, devendo-se analisar no caso concreto qual o interesse que está sendo tutelado. Se o interesse corresponder ao interesse público primário, ou seja, aquele que representa a finalidade do Estado enquanto representante da sociedade, este será indisponível. Entretanto, nos casos em que constatado tratar-se de interesse secundário (particular) da Administração, este poderá ser desconsiderado e ser objeto de composição, eis que exibe caráter instrumental, não constituindo um fim em si mesmo.

Madureira (2015, p. 315) dispõe que este reconhecimento de direitos pelos procuradores sobre direitos e interesses momentaneamente defendidos pelo Poder Público, mas contrários à ordem jurídica vigente, “é pressuposto necessário ao atendimento não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da

públicos. A verdade é que nem todo direito indisponível implica a impossibilidade de haver transação que o envolva.

(...)

No âmbito administrativo, por exemplo, tem-se vários casos de transações autorizadas por lei. Tem-se os acordos em contratos administrativos (arts. 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do CADE (art. 86, da Lei 12.529/2011), dentre outros. Outras hipóteses de direitos indisponíveis também admitem transação, a exemplo do acordo quanto ao valor e à forma de pagamento em ação de alimentos e o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos, hipótese em que o direito é indisponível (art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985)."

¹¹¹ Talamini (2017, p297) dispõe: “O interesse público não coincide necessariamente com as posições concretas defendidas por aqueles que ocupam os cargos públicos. A noção de interesse público não pode ser utilizada como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento. Deve-se combater essa invocação vazia, meramente retórica, do “interesse público” – tão mais perniciosa porque sempre se quer acompanhar dos atributos da “supremacia” e “indisponibilidade”, ínsitos ao verdadeiro interesse público. O processo jurisdicional – que se propõe a assegurar a observância do ordenamento jurídico – deve estar atento a isso. Os problemas processuais relativos ao tema não comportam soluções simplistas, que se contentem “mero rótulo” do “interesse público”.

supremacia do interesse público¹¹² sobre o privado”. Neste esteio, aos advogados públicos só cabe defender em juízo, ou fora dele, os interesses secundários da administração, se estes forem instrumentais para a consecução do objetivo primário, conforme concepção Alessiana¹¹³. O interesse primário passa, precipuamente, por sua vez, pela não atuação de forma contrária ao direito, em razão da adoção, por nossa constituição, do Estado Democrático de Direito¹¹⁴.

Assim, muito embora os agentes públicos não possam autonomamente dispor sobre interesses aduzidos em juízo pelo poder público, a Administração poderá fazê-lo, por meio de lei. Desta forma a indisponibilidade do interesse público, em verdade, em vez de constituir impedimento jurídico para a autocomposição, torna imperioso tal conduta acaso constatado que o ato administrativo a ser defendido vai de encontro ao ordenamento jurídico vigente.

5.1.3 . Dever de cooperação

O princípio da cooperação, norma fundamental de processo civil, prevista no art. 6º do CPC/15, é o princípio pelo qual todos os atores processuais devem contribuir para uma solução de mérito justa e efetiva, contexto em que também se situam as soluções consensuais de controvérsias. Sua finalidade é transformar o processo em uma

¹¹² “(...) interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. (MELLO, 2010. p. 61).

¹¹³ Nesse mesmo contexto, defende FACCI (2016, p. 398): “A constitucionalização do Direito Administrativo implicou na mudança do foco da atuação da Administração Pública, antes calcada no melhor interesse do Estado e agora direcionada à realização plena da cidadania. É nesse contexto que se compreende o atual papel da Advocacia Pública, antes identificada tão-somente com a defesa dos interesses do Poder Público, e agora comprometida com as normas constitucionais, em especial, a observância da moralidade administrativa, o respeito aos direitos fundamentais e ao exercício pleno da cidadania”.

¹¹⁴ Talamini, sobre o tema, defende: “Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção antes vista, tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão” do interesse público, quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. (TALAMINI, 2017, p.277)

verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)¹¹⁵, proporcionando uma divisão equilibrada de responsabilidades entre as partes, o juiz e demais atores processuais, todos visando à solução mais adequada e justa ao caso.

Esse princípio não pressupõe que as partes colaborem entre si, já que o antagonismo de posicionamento é condição para a existência do litígio (MITIDIERO, 2015, p. 70), mas sim que todos atuem com lealdade processual. Essa atitude impõe-se aos advogados públicos, os quais, além de defender interesses secundários¹¹⁶ do Estado, têm a missão de perseguir, no caso concreto, a persecução do interesse primário.

Para Mitidiero (2015, 68-70), a previsão contida no art. 6º se refere ao modelo cooperativo (em distinção aos modelos adversarial e inquisitivo). Assim, aduz que tal dispositivo é direcionado precipuamente ao juiz, inaugurando uma nova perspectiva em relação ao contraditório no processo, já que as partes não têm a obrigação de colaborar entre si. Neste contexto, seria conferido ao juiz o papel de paritário na instrução e assimétrico na decisão, em razão de sua posição de terceiro designado a resolver o conflito de forma impositiva. Apesar de seu posicionamento, Mitidiero também deixa clara a existência da cooperação enquanto princípio a fim de “servir de elemento para organização de processo justo e idôneo, a alcançar, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetivo”.

Em oposição ao entendimento exposto por Mitidiero em relação aos “deveres cooperativos” entre as partes, há o pensamento encampado por Fredie Didier Jr. e por Hermes Zaneti Júnior. Fredie Didier Jr. (2015, p. 19) compreende que o modelo cooperativo inaugurado pelo art. 6º do CPC/2015 impõe que a cooperação se dê em todas as frentes, seja do juiz para com as partes e vice-versa, assim como as partes entre si ou até mesmo com relação a qualquer sujeito processual que eventualmente participe do processo, como, por exemplo, peritos, amici curiae, uma vez que o texto

¹¹⁵ Este é o posicionamento esposado por Mitidiero, para quem a cooperação “em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes dos juízes e das partes no processo civil”. (2015. P. 70)

¹¹⁶ Para os que distinguem interesses primários e secundários, nem sempre o interesse público é um interesse do Estado. Interesses públicos primários são os interesses do bem geral, interesses do todo, do conjunto social. Interesses públicos secundários são interesses individuais ou particulares do Estado, que podem coincidir com os interesses públicos primários, merecendo defesa. Os interesses públicos secundários são também ditos como o modo pelo qual a Administração vê os interesses públicos. (GUEDES, 2009. p. 250)

do dispositivo prevê que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Por fim, identifica-se uma terceira corrente defendida por Hermes Zaneti Junior, que parece aproximar-se da corrente doutrinária sustentada por Didier Jr., mas prefere compreender os deveres cooperativos das partes como deveres das partes para com o processo. De acordo com Zaneti (2015), “a cooperação não é para as partes ou para o juiz; ao contrário, é formada por deveres objetivos para com o processo, ao longo de todo o arco processual”.

Com a adoção princípio da cooperação, no sentido do dever de agir com lealdade processual e boa-fé, as condutas dos advogados públicos outrora verificadas, no sentido de protelar o curso judicial, ainda que se reconheça estar a pretensão do administrado albergada pelo direito, não podem mais subsistir. Nestas situações, o representante do Estado tem o poder-dever de reconhecer situações antijurídicas e zelar pela manutenção da confiança entre as partes em obediência à lealdade processual.

Assim, a desistência de recursos interpostos, a não apresentação de defesa e contestação, entre outros instrumentos disponíveis ao reconhecimento de uma situação contrária ao ordenamento jurídico, ainda que transitoriamente não represente o interesse do particular Estado (interesse secundário) é medida impositiva à nova postura esperada destes agentes públicos.

5.2 LIMITES

A adoção pelos advogados públicos das soluções consensuais de controvérsias, conquanto possível, encontra limitações dada a natureza dos interesses tutelados, a saber: (i) limitações em relação à autonomia da vontade, eis que os agentes públicos estão adstritos ao princípio da legalidade, pelo que não pode o Estado, por seus representantes, dispor livremente dos direitos aduzidos pela parte, a não ser que lei o autorize. Tal requisito nos leva à indispensabilidade da existência de autorização legal prévia para a disposição dos direitos onde haja interesse público em disputa, a não

ser nos casos de composição do litígio, cuja fundamentação para sua efetivação decorre do próprio texto constitucional (arts. 37 131 e 132 da CF/88); (ii) necessidade de formalização dos acordos firmados, de modo a possibilitar o controle e a legalidade dos atos; (iii) dever de observância aos precedentes vinculantes nos termos dos artigos 926 e 927 do CPC/15; (iv) dicotomia existente entre o princípio da confidencialidade, informador das soluções autocompositivas e o princípio da publicidade (art. 37 da CF/88) que rege a Administração Pública; e (v) limitação existente no que concerne à forma de execução do acordo firmado nos casos que envolvam a satisfação de obrigação de origem pecuniária, em razão do óbice previsto no art. 100 da CF/88 (pagamento por meio de expedição de precatório/RPV).

5.2.1 Autorização legal x Autonomia da vontade

O princípio da legalidade, ainda que em sentido amplo (juridicidade) sirva justamente para fundamentar a possibilidade de adoção pela advocacia pública das soluções consensuais de controvérsias, posto ser vedado ao agente público postular contra o direito, em seu sentido estrito exige que para tanto exista lei autorizativa para o ato¹¹⁷. Isso porque o Estado, enquanto representante da sociedade, não pode dispor livremente de seus bens e direitos e, portanto, não é dotado de autonomia da vontade, característica que rege as soluções autocompositivas entre particulares, conforme artigo 166 se seus parágrafos do CPC/15. No caso da Administração, ela deve ela agir pautada pela lei, destinando-se a executar as finalidades a ela atribuídas pela lei, conferindo-lhes concretude. Assim, as técnicas negociais previstas no §3º do art. 166 do CPC/15 não são eficazes para “induzir a conciliação nos processos em que a Fazenda Pública figura como parte, porque não tem o condão de proporcionar um ambiente favorável à autocomposição”. (MADUREIRA, 2017b, p. 193). Assim, neste

¹¹⁷ Madureira, ressaltando posicionamento pessoal, entende que a autorização para a composição do litígio, justamente em razão da acepção ampla do princípio da legalidade, bem como com fulcro no princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, independe de autorização legislativa, decorrendo tal permissivo diretamente da Constituição Federal. Já com relação à transação, em razão da exigência de concessões mútuas e da necessidade de análise de risco, deve ser implementada mediante autorização legislativa. (MADUREIRA, 2017, p. 253-254)

contexto, a autocomposição somente poderá se realizar nas hipóteses taxativamente elencadas.

Conte (2017, p. 276), com propriedade, acompanhado por Luciane Moessa (2015, p.222), dispõe que a autorização genérica contida no artigo 32 da Lei nº 13.140/15 em relação à possibilidade de adoção pela Administração das soluções consensuais de controvérsias, não prescinde de autorização legislativa específica, uma vez que a lei não previu as hipóteses em que o Poder Público poderia compor. A regulamentação específica do tema trará uma maior segurança jurídica a seus aplicadores, entre eles incluídos os advogados públicos bem como amparará o administrador, evitando assim também o ataque ao princípio da isonomia no tratamento dos administrados. No âmbito administrativo não se pode admitir o tratamento anti-isonômico entre as partes que se encontrem na mesma situação, servindo a autorização legal, neste sentido, para estabelecer os critérios objetivos para a autocomposição, diminuindo a margem de possíveis distorções e o ajuizamento de ações em razão da quebra da isonomia.

Questão polêmica e diretamente relacionada à questão dos limites da autonomia da vontade pela Administração Pública na realização de autocomposição, na seara processual, se refere à audiência conciliatória de presença obrigatória prevista no art. 334¹¹⁸ do CPC. Pela dicção do art. 334, § 4º a audiência não ocorrerá apenas em duas situações: a) quando ambas as partes manifestarem desinteresse, ou b) o assunto tratado não admitir autocomposição.

Com relação à Administração Pública, uma vez que esta não é dotada de autonomia da vontade, posto que somente pode dispor de interesses se houver previsão legislativa para tanto, o comparecimento obrigatório da Fazenda Pública à audiência afronta os princípios da eficiência, legalidade e economia processual.

Assim, no caso de a Fazenda Pública figurar no em dos polos da relação processual, deve o magistrado enquadrar o conflito na hipótese da inadmissão da autocomposição

¹¹⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.

(art. 334, §4º, II do CPC/15) para fins de dispensa de designação da audiência preliminar. Por impossibilidade de autocomposição de plano pela Fazenda Pública na audiência conciliatória, em razão da ausência de lei que a autorize, deve-se pontuar as seguintes premissas: (i) a Fazenda Pública, por seus procuradores, pode sim compor, desde que haja respaldo para tanto, no caso, expressa autorização legal. (ii) não se pode admitir a obrigatoriedade de comparecimento a audiência em que, em razão dos interesses tutelados, não haverá possibilidade de realização de qualquer acordo naquele momento, por questão de economia e eficiência.

O ideal, segundo Madureira (2017b, p. 195), seria a inclusão, no ato de citação, de intimação para que a Fazenda Pública seja instada a se manifestar acaso exista possibilidade de composição. Em caso negativo, seja apresentada desde logo a peça de defesa, seguindo o processo sua marcha habitual.

Ravi Peixoto (2016, p. 490), quanto ao comparecimento obrigatório do advogado público à audiência do art. 334 do CPC/2015, aduz a possibilidade de que sejam firmados protocolos institucionais entre a Fazenda Pública e o Poder Judiciário, de modo que seja informado, de antemão, quais matérias são passíveis de composição pela Administração¹¹⁹. Por meio destes protocolos institucionais, prévios à instauração dos conflitos, o próprio ente público já pode informar ao Poder Judiciário se a matéria é passível ou não de autocomposição.

Dessa forma, desde que instaurado o processo, não haveria necessidade de qualquer discussão sobre o cabimento ou não da audiência, ao menos do ponto de vista do art. 334, § 4.º, II, pois já se teria conhecimento dos casos em que o direito do ente público poderia ser objeto de acordo. Mesmo que não haja nenhum protocolo institucional, parece possível utilizar-se do conceito de fato notório judicial, que seria o fato de que, embora desconhecido na vida social, é de conhecimento dos magistrados o fato de ser vedada a conciliação pela Fazenda Pública em hipóteses não autorizadas por lei. Outra situação que pode ocorrer é que o juiz já realize o despacho inicial, fundamentado nessa constatação, sem sequer intimar o ente público para participar da audiência e já citá-lo para contestar. Afinal, já seria uma espécie de fato notório

¹¹⁹ Essa, inclusive, é a recomendação contida no Enunciado 573 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), segundo o qual: “As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição”

judicial, que, naqueles casos, o ente público não tem qualquer autorização para conciliar ou mediar. Todavia, constitui dever do advogado público em informar ao juízo caso sobrevenha alguma autorização para autocompor em razão da boa-fé e do dever de cooperação. Esse dever foi também destacado pelo Enunciado 573, do FPPC, segundo o qual “As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição”.

Assim, diante das especificidades que circundam a Administração Pública, a audiência conciliatória obrigatória prevista no art. 334 do CPC/2015 apenas ocorrerá caso a Fazenda Pública se manifeste por sua possibilidade, em razão de existência de autorização legislativa. Caso contrário ela não se realizará diante da impossibilidade de autocomposição, nos termos especificados.

5.2.2 Formalização

A formalização administrativa da decisão dos advogados públicos em realizar a autocomposição, dispondo sobre interesses e direitos pelo Poder Público, é indispensável à validade do acordo. Sem formalização do consenso não há como se realizar nem o controle interno (pela própria Advocacia Pública, por seus órgãos correccionais) nem o controle externo (pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério Público). (MADUREIRA, 2015. P. 334)

Assim, indispensável para a validade da autocomposição, a formalização administrativa e a justificação racional para o ato, haja vista que está a se tratar de interesse público, o qual é regido pelos princípios da legalidade, da publicidade e da moralidade. Deve o procurador então, lançar manifestação no respectivo processo administrativo, expondo as razões de seu convencimento para a modalidade eleita (composição do litígio ou transação) e requerendo autorização para o ato, se já não houver ato de autorização para a medida, quando necessário.

A formalização é ato indispensável também para que se confira segurança à sociedade e ao Estado, evitando acordos arbitrários, desprovidos de fundamentação

jurídica ou que afrontem a moralidade, mormente quando se tem por objeto bens e atividades que pertencem a toda a coletividade. No mesmo sentido dispõe Luciane Moessa, em suas palavras (SOUZA, 2015b, p. 214):

“(...) a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites. Por tal razão, todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo) se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade, e tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro por que uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver os conflitos, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos”.

A falta da motivação para a autocomposição pode acarretar a invalidade do ato e a eventual responsabilização do agente público competente, nos termos da legislação de regência.

5.2.3 Dos Precedentes

Os precedentes emanados pelo Poder Judiciário constituem verdadeiro limite à realização da autocomposição, pois em sendo verificada a existência de precedente firmado em favor da Fazenda Pública, inviável qualquer ato de disposição em relação ao objeto do conflito.

Primeiramente, mister se faz delimitar o que deve ser considerado precedente para fins de impedimento à realização da autocomposição.

A Teoria dos Precedentes foi recepcionada pelos artigos 926 e 927 do CPC/15, adotando, de forma clara, o *stare decisis* proveniente da *common law*, e que determina a vinculação dos juízes e tribunais ao que foi decidido anteriormente. (ZANETI JR. 2015, p. 1305). O artigo 926 estipula que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Já o art. 927 dispõe que os juízes e os tribunais observarão: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de

demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (iv) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os precedentes vinculantes (decisões que serão estabilizadas pelo *stare decisis*) são os julgados que se adequem às hipóteses previstas no art. 927 do CPC/15, os quais serão dotados de força normativa primária e deverão ser observados por todos os atores da relação processual. A jurisprudência, nessas ocasiões, deixa de ser meramente persuasiva, para se tornar obrigatória.

Assim, apenas os precedentes vinculantes, assim entendidos como aquelas hipóteses descritas no art. 927 do CPC/15, é que se tornam de observância obrigatória, não só para a Administração, mas para todas as partes do processo.

Zaneti Jr. (2015, p. 1305) dispõe que em relação aos dispositivos que regulam, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria dos precedentes, se torna evidente a “obrigatoriedade de os juízes e tribunais de aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores como normas, não como conselhos ou boas razões, levando à sério as decisões judiciais anteriores”, já que essas passam a ser obrigatórias. Essa vinculação passa a ser vertical e horizontal. Explica-se: a doutrina do *stare decisis* no sentido horizontal significa a vinculação do próprio órgão de decisão aos seus julgados e, no sentido vertical, a vinculação dos órgãos hierarquicamente inferiores às decisões dos órgãos superiores.

Com relação à vinculatividade dos precedentes para além dos tribunais e juízes, Zaneti Jr. (2015, p. 1332) é enfático ao dizer que “precedentes são normas jurídicas, logo, vinculam todos os aplicadores do direito”. Para o Autor a vinculação dos precedentes para a Administração Pública é ainda mais evidente, eis que esta deve seguir os precedentes vinculantes do CPC/15 com a força normativa própria da lei, sob pena de inobservância do princípio da legalidade, em suas próprias palavras (ZANETI JR., 2015, p.1332):

Os precedentes vincularão as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública que devem seguir os entendimentos fixados com força vinculante. Aplicam-se aqui as noções de boa-fé (art. 5º), e cooperação (art. 6º) que conduzem ao paradigma do

processo civil como “comunidade de trabalho” para obtenção de decisão de mérito justa, tempestiva e efetiva.

Madureira (2017, p. 285) ao discorrer sobre a obrigatoriedade de obediência aos precedentes vinculantes estipula que, em razão do ambiente cooperativo, assim entendido como aquele em que as partes auxiliam o juiz na construção da decisão, a sua “argumentação (das partes) deve seguir a mesma metódica imposta pelo legislador aos juízes, sob pena e risco de não se confirmar a dialeticidade do processo”.

Assim, em se verificando que a matéria objeto do litígio é matéria sobre a qual existe precedente vinculante, é dever do advogado público, em razão do princípio da legalidade, acatar a decisão de aplicá-la, o que torna a matéria insuscetível de autocomposição. Assim agindo, a Administração Pública ainda contribui para a redução da litigiosidade, pois, não há outra alternativa ao advogado público, assim como ao advogado da parte adversa, a não ser a obediência ao precedente e, portanto, limitando o litígio à sua aplicação¹²³.

5.2.4 Confidencialidade

A confidencialidade, característica importante atribuída às soluções consensuais de controvérsias, disposta no caput do art. 166 e detalhada pelos artigos 30 e 31 da Lei 13.140/2015, tem suscitado discussões quando uma das partes da negociação é a Administração Pública, especialmente em relação à exigência da publicidade dos atos administrativos¹²⁴, insculpido no art. 37 da CF/88. O princípio da publicidade, segundo

¹²³ No mesmo sentido Pedro Fabris Oliveira (2016, p. 643); “(...) a apreensão pela advocacia pública dos instrumentos disponibilizados pela nova codificação para a formação e aplicação de precedentes obrigatórios e para a resolução de demandas repetitivas será benéfico para o sistema brasileiro de justiça, tendo em vista que a Fazenda Pública é litigante de massa. Em contrapartida, se a Fazenda Pública insistir em litigar à moda antiga e ignorar as nuances do novo modelo, vai dar causa a aumento no valor das condenações sofridas e o erário será onerado pela incúria. Isso porque houve alteração também no custo do processo e no custo da sucumbência, ainda relacionados com o sistema de precedentes. Além do aumento das multas por litigância de má-fé e por embargos de declaração manifestamente protelatórios, passaram ser previstos honorários recursais cumulativos”.

¹²⁴ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da publicidade consagra o dever administrativo de manter absoluta clareza em seus comportamentos, uma vez que o estamos vinculados a um Estado Democrático de Direito, no qual a base do poder reside no povo. Desta forma, não cabe à administração

Guerrero (2015, p. 149) possui dupla finalidade quando se analisa a questão sob o prisma da mediação e da conciliação: por um lado busca garantir a transparência e a fiscalização dos órgãos que integram a Administração e, por outro, busca garantir àquele que participa de um método consensual a ciência de todos os atos e possibilitar sua manifestação sobre os mesmos.

O direito ao sigilo visa o incentivo de adoção dos métodos consensuais, eis que as partes, ao optarem por esta via, estariam garantindo com o sigilo a possibilidade de uma exposição menor do objeto da negociação, na tentativa de efetivamente chegar a um consenso, sem o receio, contudo, de que as informações fornecidas possam ser utilizadas em desfavor das mesmas. A confidencialidade também costuma ser apontada como motivo pelo qual o juiz não pode exercer a função nem de conciliador nem de mediador (além da falta de treinamento específico, o que poderia ser suprido), justamente por esse mesmo motivo da possível utilização das informações em desfavor dos conflitantes. Isso porque as partes não se sentiriam à vontade para fornecer dados confidenciais sabendo que, caso não alcançado o consenso, o juiz possa ser influenciado em sua decisão por essas informações, não se podendo garantir a sua imparcialidade (PEIXOTO, 2017, p. 98). Mesmo quando em um dos polos está a Administração Pública, essa impossibilidade persiste, eis que, ainda que relativizada, a característica da confidencialidade persiste.

Entretanto, releva notar que a confidencialidade, apesar de constituir princípio informativo das soluções consensuais, não constitui requisito indissociável das mesmas, podendo ser mitigada¹²⁵ caso assim concordem as partes. No caso de figurar em dos polos da Administração Pública, tal abrandamento deverá ocorrer, eis que o Poder Público é regido pelo princípio da publicidade (art. 37 da CF/88). Entretanto, esta mitigação não precisa ser integral, eis que há casos em que a própria lei exige o sigilo das informações, a exemplo da Lei nº 8.159/91¹²⁶ e do Decreto nº

pública a ocultação de seus atos, seja aos administrados, em relação aos assuntos da coletividade e ainda em maior escala em relação aos sujeitos individualmente atingidos por alguma medida. (MELLO, 2010. P. 114).

¹²⁵ Marco Antônio Rodrigues admite o sigilo parcial nos casos em que ele se justifique do ponto de vista estratégico e tenha fundamentação constitucional, sendo permitido o acesso apenas aos órgãos de controle. Assim, a própria lei de Acesso informação (Lei nº 12.527/2011 ao instituir quais informações deveriam ser acessadas pelos administrados acabou por reconhecer a relatividade do princípio. (RODRIGUES, 2016, p.387)

¹²⁶ DOS ARQUIVOS PRIVADOS

4.553/2002. Assim, a publicidade nos métodos consensuais é a regra, devendo a confidencialidade ser legalmente justificada.

Sobre o tema ainda, mister indicar o Enunciado nº 6, aprovado no I Fórum Nacional do Poder Público, em Brasília no ano de 2016:

6. art. 166, Lei 13.105/15; art. 2º, Lei 13.140/15; Lei 12.527/11) A confidencialidade na mediação com a Administração Pública observará os limites da lei de acesso à informação (Grupo: Meios alternativos de solução de conflitos e a (Fazenda Pública).

O I Fórum Nacional do Poder Público foi realizado em Brasília, em junho de 2016, teve por objetivo interpretar o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.256/16 – e seus impactos nas relações em que a Fazenda Pública seja parte, com a elaboração de enunciados.

O enunciado de nº 6 pode ser considerado um norte em relação ao nível de confidencialidade quando envolvido no litígio o Poder Público, eis que a própria Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), dispõe sobre quais informações podem ser mantidas em sigilo.

Sobre o tema dispõe Ravi Peixoto que há, na doutrina, certa preocupação em como conciliar o dever de confidencialidade e o princípio da publicidade da Administração Pública, em especial a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), o qual inseriu o sigilo como exceção. Além disso, a Administração Pública é regida, em termos gerais, pelo princípio da publicidade (art. 37, caput, da CF), havendo ainda menção à publicidade no poder Judiciário (art. 93, IX, da CF), princípio este reforçado pelo art. 8.º, do CPC/2015. De fato, é possível que a exigência de publicidade na

Art. 11 - Consideram-se arquivos privados os conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, em decorrência de suas atividades. [Regulamento](#)

Art. 12 - Os arquivos privados podem ser identificados pelo Poder Público como de interesse público e social, desde que sejam considerados como conjuntos de fontes relevantes para a história e desenvolvimento científico nacional. [Regulamento](#)

Art. 13 - Os arquivos privados identificados como de interesse público e social não poderão ser alienados com dispersão ou perda da unidade documental, nem transferidos para o exterior. [Regulamento](#)

Parágrafo único - Na alienação desses arquivos o Poder Público exercerá preferência na aquisição.

Art. 14 - O acesso aos documentos de arquivos privados identificados como de interesse público e social poderá ser franqueado mediante autorização de seu proprietário ou possuidor. [Regulamento](#)

Art. 15 - Os arquivos privados identificados como de interesse público e social poderão ser depositados a título revogável, ou doados a instituições arquivísticas públicas. [Regulamento](#)

Art. 16 - Os registros civis de arquivos de entidades religiosas produzidos anteriormente à vigência do Código Civil ficam identificados como de interesse público e social. [Regulamento](#)

mediação desestimule as partes à realização de acordos com o Poder Público, justamente porque o seu interesse seria o sigilo. Por conta desses fatores, a mediação e a conciliação da qual seja parte a administração não pode haver total confidencialidade, com a exceção dos casos em que a própria Lei 12.527/2011 preserva o sigilo das informações. A título de exemplo, seria possível mencionar informações que violem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 31, caput), que traga riscos à soberania nacional, que envolvam segredos industriais (art. 23) etc. (PEIXOTO, 2016, p.4)

Diante do exposto, patente a compatibilidade entre a confidencialidade e o da publicidade nas soluções consensuais de controvérsias quando há o envolvimento da Fazenda Pública. Deve-se exigir, contudo, sejam observadas as disposições contidas na Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), no tocante ao que não pode ser objeto de sigilo nas mediações e conciliações dessa natureza. Entretanto, como enfatiza Luciane Moessa, (2015, p. 215), em se tratando de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada”.

5.2.5 Particularidades da execução

Um dos limites que se verifica em relação à adoção das soluções consensuais de controvérsias pelo particular quando no polo passivo está a Administração, é a forma de execução do acordo. Conforme determinação contida no art. 100 da CF/88, os pagamentos dos valores devidos em execução em face da Fazenda Pública apenas podem ocorrer em forma de precatório ou RPV (requisição de pequeno valor)¹²⁷. A forma diferenciada de execução em face da Fazenda Pública se justifica uma vez que

¹²⁷ A diferença ente o pagamento por precatório ou por requisição de pequeno valor decorre do valor do crédito. (art. 100,§3º da CF/88). Em relação à União, o valor limite para a expedição de requisição de pequeno valor está previsto na Lei nº 10.259/2001 (art. 17, §1º) correspondendo a sessenta salários mínimos. Em obediência ao princípio federativo, bem como reconhecendo a limitação orçamentárias, cabe a cada ente da federação (Estados, Municípios e Distrito Federal) estabelecer o limite do que é execução de pequeno valor. Entretanto, enquanto não editados tais atos, o art. 87 do ADCT da CF/88 dispõe que para os Estados e o Distrito Federal o limite será de quarenta salários-mínimos e para os Municípios, trinta salários-mínimos. A Emenda Constitucional 62/2009, no entanto, fixou um limite para a autonomia dos entes federativos para a regulamentação do valor a ser considerado como execução de pequeno valor, previsto no art., § 4º da CF/88, qual seja, o valor a ser estipulado não poderá ser inferior ao valor do maior benefício do regime geral da previdência social. (CUNHA, 2016, p. 370)

os bens públicos não podem ser livremente onerados, são inalienáveis (art. 100, do Código Civil de 2002), e por consequência, impenhoráveis (art. 835, I, do CPC/15). Seria nocivo ao interesse público a possibilidade de penhora indiscriminada dos bens públicos para que fosse satisfeita a obrigação estatal, em razão da isonomia de tratamento que o Poder Público deve conferir a seus administrados, bem como pelo risco de descontinuidade de serviços públicos em razão de medidas expropriatórias aleatórias. Ademais, sobre as obrigações de pagar quantia certa pela Fazenda Pública ainda pende a necessidade de as mesmas estarem previstas em lei orçamentária para que seja realizada a despesa (art. 167, II, CF/88), o que justifica também a execução diferenciada por meio de precatório/RPV, permitindo seja realizado o controle das quantias a serem pagas, obedecendo-se à ordem de apresentação. (ROMERO; QUARTIERI, 2016, p. 252)

Tal exigência pode se tornar, contudo, um desestímulo à adoção dos métodos consensuais, uma vez que quem opta pela via consensual, além da adequação do método, está buscando uma tutela satisfativa mais imediata.

Assim seria necessário perquirir se é factível a execução do acordo firmado entre a Administração e o particular de forma espontânea, sem a necessidade de precatório/RPV.

A resposta é negativa¹²⁸.

Caso se determinasse o pagamento espontâneo da obrigação pecuniária em razão de acordo firmado por algum dos métodos consensuais pela Administração Pública, haveria burla ao sistema de pagamento previsto na Constituição, pois se criaria uma casta privilegiada de credores do Poder Público, violando os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade previstos no art. 37 da CF/88¹²⁹.

¹²⁸ Súmula 655 do STF: A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza. Súmula 144 do STJ: Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

¹²⁹ “Assim, todas as execuções judiciais de créditos pecuniários propostas em face da Fazenda Pública – *independentemente da natureza do crédito ou de quem figure como exequente* – devem submeter-se ao procedimento próprio do precatório”. (CUNHA, 2016, P.358)

Entretanto, a impossibilidade de satisfação da obrigação por outra via que não seja por meio da expedição de precatório ou de RPV, não impede que o legislador crie uma ordem cronológica de pagamento prioritária para os casos em que se efetive o acordo, visando privilegiar o método. Explica-se.

A própria Constituição excepciona situações específicas da satisfação da obrigação por meio da ordem geral dos precatórios. É o que se pode depreender dos §1º e 2º do artigo 100 da Carta Magna, que excepcionam, da ordem geral dos precatórios, os pagamentos de natureza alimentícia, e os de natureza alimentar onde são considerados os credores em razão da idade, de deficiência física ou de doença grave.

Assim, por opção do legislador, foram criadas três ordens cronológicas para o pagamento por meio de precatórios: a) a primeira ordem se refere aos pagamentos de natureza alimentícia, no montante equivalente a até três vezes o valor do limite estabelecido pelo ente para as requisições de pequeno valor, cujos titulares sejam pessoas com mais de sessenta anos ou que sejam portadoras de doença grave ou deficiência física; b) a segunda ordem é constituída pelos créditos alimentares que não se enquadrem na primeira opção e, c) a terceira, pelos demais créditos.

Quanto à constitucionalidade da existência dessas três ordens cronológicas Marco Antônio Rodrigues defende que não há qualquer inconstitucionalidade no estabelecimento de preferências entre as filas para pagamento dos precatórios, pois o constituinte reformador procurou conferir proteção especial a credores que possuem menos expectativa de vida e capacidade laborativa, por meio de uma satisfação mais rápida do crédito (RODRIGUES, 2016, p. 154).

Nesta esteira, em razão da política pública encampada pelo Estado de estímulo às soluções consensuais, e tendo em vista o próprio preâmbulo da Constituição que privilegia a solução pacífica dos conflitos e o direito de acesso à justiça insculpido no art. 5º, XXXV, não seria inconstitucional a edição de Emenda Constitucional que incluía, no rol do art. 100 da CF/88, a criação de outra ordem cronológica para pagamentos decorrentes de acordos por meio de precatório, a fim de que se privilegie e se estimule a adoção das soluções consensuais de controvérsias pelos administrados.

6. CONCLUSÃO

A busca por métodos adequados de solução de conflitos, em especial autocompositivos, é uma tendência mundial. A necessidade de propiciar uma decisão efetiva, adequada e tempestiva como forma de garantir o amplo acesso à justiça fez fortalecer a necessidade de adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de algum mecanismo que propiciasse uma melhor condição para a resolução das lides, especialmente me face da denominada “crise do Judiciário”.

Dentro desta perspectiva, foi importado do direito americano a ideia do Tribunal Multiportas, capitaneada por Frank Sander e apresentada na *Pound Conference* de 1976, em Washington. Por este instituto restou evidente que a decisão judicial nem sempre é a melhor escolha para a resolução de um conflito, posto que existem inúmeras outras portas que podem e devem ser utilizadas, dependendo da análise de cada caso (*screening process*) a fim de que se proceda à escolha da melhor opção.

Aos poucos o Direito Brasileiro foi recepcionando a doutrina do Tribunal Multiportas em legislações esparsas como a Lei de Arbitragem (9.307/96) e as Leis dos Juizados Especiais (Leis nº 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009). Contudo, foi com a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ que se verificou em nosso ordenamento o início da formação de um verdadeiro microssistema de solução consensual de controvérsias, vindo, posteriormente, a ser composto não só pela Resolução nº 125, mas também pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e pela Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil). Por meio desse microssistema o Tribunal Multiportas se revelou de forma ampla em nosso ordenamento.

O art. 3º do CPC/15, norma fundamental de processo civil, especialmente encampou a ideia do *Multi-Door Courthouse* e elencou a arbitragem, a mediação e a conciliação como métodos a serem utilizados pelos operadores do direito para solução dos litígios, além da via judicial, especialmente em razão do dever de cooperação, boa-fé e lealdade processuais. Frise-se que o rol elencado no art. 3º, §3º não é exaustivo, o que demonstra que o tema ainda está criando raízes e muitas outras técnicas poderão advir, possibilitando a solução de um número cada vez maior de conflitos.

O microssistema consensual estimula uma nova forma de atuação de todos os partícipes da relação processual, até mesmo quando o Poder Público esteja em um dos polos da contenda. A adoção dessas vias alternativas têm reflexo direto na contenção da litigiosidade. Quanto mais meios de solucionar litígios surgem, maior a possibilidade de o Judiciário conseguir trabalhar melhor e julgar os casos que realmente são de sua alçada, desvinculando-se da pecha que lhe foi atribuída de garantidor das políticas públicas, em razão, principalmente, da descrença da população na solução administrativa de suas contendas, bem como na implementação, pelo Estado, das garantias conferidas aos particulares pela CF/88.

Por fim, o sucesso da empreitada encampada pelo microssistema consensual depende, sobremaneira, de uma nova visão, não apenas dos operadores do direito, mas também do cidadão que necessita ver seu litígio solucionado, de modo que este assuma a postura de sujeito de direitos e parte integrante da relação, sendo capaz de administrar seu próprio conflito, se amoldando às novas formas de autocomposição.

Nesta seara, a advocacia pública assume papel de destaque, eis que representa, em juízo e fora dele, um dos maiores litigantes do país, a Fazenda Pública, tendo por dever agir conforme o direito (juridicidade). Os advogados públicos possuem vários modos de alcançar a autocomposição, tanto judicial quanto extrajudicialmente, por meio da composição do litígio e da transação, além da utilização das técnicas da mediação e da conciliação. Quanto mais a Advocacia Pública adotar as soluções consensuais de controvérsias em sua atuação, maior será a obediência da Administração Pública aos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da efetividade, da moralidade, do acesso à justiça e ao princípio democrático insculpidos na CF/88.

O Estado, em razão dos interesses que defende (o da coletividade), além do dever de compor quando verificada a possibilidade para tanto, deve também observar os limites que lhe foram estabelecidos pela legislação para o ato. Entre eles estão os limites à decisão de compor, como a observância ao dever de legalidade, a necessidade de formalização do acordo e ao dever de observância dos precedentes vinculantes existentes. Deve-se observar ainda os limites à sua concretização, como às restrições a serem impostas ao dever de confidencialidade e às particularidades para a execução do acordo. Dentro desse contexto, e obedecidas as condições elencadas,

a Administração pode contribuir, e muito, para efetivação da política consensual e para a contenção da litigiosidade.

Por fim, quanto mais a dinâmica da solução consensual de conflitos for difundida em nosso ordenamento, quanto maior for o apoio à justiça colaborativa e a adoção efetivas dos métodos previstos pelo Tribunal Multiportas, maior será o acesso à justiça dos cidadãos, acesso à justiça esse entendido como o direito a uma solução justa, adequada e tempestiva. A Administração Pública, por seus procuradores, possui papel de destaque nessa empreitada, no sentido de que não só pode como deve optar pela autocomposição sempre que possível, desde que observados os limites que lhe são impostos, zelando pelo interesse primário do Estado, tutelando os direitos toda a coletividade, cumprindo os preceitos que lhe foram determinados pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar os sistemas de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ANDRIGUI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2406200808.htm>>. Acesso em: 01/04/2018.

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. **Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: Uma avaliação política da política judiciária brasileira – A solução dos conflitos de interesses?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização. Ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BEDÊ JR, Américo; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação - As técnicas de negociação e a nova política judiciária. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 4 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 01/04/2018.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; [...] e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 01/04/2018

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 01/04/2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 jun. 2015b. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 01/04/2018.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem mediador”. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI Jr., Hermes. (Org.) **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **NCPC: Conciliação e Mediação. Uma visão sobre o novo sistema**. Jusbrasil, 6 jun. 2016. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em: 31/03/2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Orgs.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial dos conflitos. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro; RODRIGUES, Marco Antônio (Org.). **Fazenda Pública**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 263-281, set./dez. 2017. Acesso em 30/03/2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Dos métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 74, p. 87-97, abr./jun. 1994.

CARDOSO, Maurício. **Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 10/08/2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **A justiça em números 2017** (ano-base 2016). Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>. Acesso em: 10/08/2017.

CONTE, Francesco. Fazenda Pública e mediação/conciliação: consensualidade alvissareira. In: BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Org.). **Processo Tributário**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUÉLLAR, Leila; PINHO, Carlos Alberto Bertolini de. A advocacia pública e o combate à corrupção. Destaque às previsões da lei anticorrupção. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique (Org.). **Prerrogativas da advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DAL'COL Caio e Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. Reflexos do CPC/15 nas execuções fiscais. In: DIDIER JR., Fredie, ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional adequada. In: NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia; ZANETI Jr., Hermes. (Orgs.) **Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Advocacia Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez. 1996.

DIDIER JR., Fredie. Comentários ao novo código de processo civil. Arts. 1 ao 12. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional adequada. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FACCI, Lucio. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela administração pública e o novo código de processo civil. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Org.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de mediação e conciliação na fazenda pública: o artigo 174 do no código de processo civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializado”. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Org.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GISMONDI, Rodrigo. Consensualidade e cooperação na execução judicial de políticas públicas: a subsidiariedade do modelo tradicional da execução-sanção diante do novo CPC. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro; RODRIGUES, Marco Antônio (Org.). **Fazenda Pública**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro. O processo civil do formalismo valorativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017a.

_____. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017b.

MARCATO, Ana Candida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.) **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Mandado de segurança e controle judicial da função pública. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, set. 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal: breve análise a partir das contribuições de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. **Revista do Curso de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito**. São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito, v. 1, p. 245-278, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle et al. Novo CPC, lei de mediação e os meios integrados de solução de conflitos familiares – por um modelo multiportas. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação,**

Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Pedro Fabris de. Contribuição da Advocacia Pública para o sistema brasileiro de justiça por meio do regime de precedentes obrigatórios. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro; RODRIGUES, Marco Antônio (Orgs). **Fazenda Pública.** Salvador: Jus podivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PEIXOTO, Ravi. **A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015.** Revista de Processo | vol. 261/2016 | p. 467 - 497 | Nov / 2016.

_____. Os “princípios” da mediação e conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/15 e da Lei nº 13.140/2015. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.** Salvador: Juspodivm, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Introdução. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Comentários ao artigo 184 do CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROMERO, José Antônio Dias; QUARTIERI, Rita de Cássia Conte. Do cumprimento de sentença da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil. In: ARAUJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro; RODRIGUES, Marco Antônio (Orgs). **Fazenda Pública.** Salvador: Jus podivm, 2016.

SANDER, Frank E. A. **Varieties of Dispute Processing.** The Poun Conference: Perspectives on justice in the future. LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. (Ed.). West Publishing Co. St. Paul, Minesota, 1979.

SCHITTINI, Pedro. Novo Código de Processo Civil comentado na prática da Fazenda Nacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 355-356, 2017.

SIVIERO, Karime Silva; VINCENZI, Brunela Vieira de. A importância da autocomposição a partir das teorias de Jürgen Habermas e Axel Honneth. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 235-250, mar. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1164>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

SOUZA, Luciane Moessa. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Mediação de conflitos e administração pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes. (Orgs.) **Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação dos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JR, Humberto (Coord.). **Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

VINCENZI, Vieira Brunela; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Orgs.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ZANETI JR. Hermes. Comentários ao novo código de processo civil. Art. 926. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.